

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

**La protección de la víctima en el ámbito del proceso
desarrollado ante la corte penal internacional**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Cristóbal Moreno Martínez-Ortiz

Director

Julio Banacloche Palao

Madrid

Ed. electrónica 2019

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



**LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO
DEL PROCESO DESARROLLADO ANTE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL**

**MEMORIA BORRADOR PARA OPTAR AL GRADO DE
DOCTOR**

Presentada por:

Cristóbal Moreno Martínez-Ortiz

Bajo la dirección del Catedrático:

Julio Banacloche Palao

Madrid, 2019

ÍNDICE:

RESUMEN	4
ABSTRACT	7
ABREVIATURAS	10
INTRODUCCIÓN	16
OBJETO Y METODOLOGÍA	18
CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	20
1.- El juicio de Breisach de 1474: Peter von Hagenbach	20
2.- La propuesta de Gustave Moynier de 1872.....	35
3.- Los juicios de Núremberg	48
4.- Los juicios de Tokio.....	67
5.- El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia	79
6.- El Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	90
CAPÍTULO II.- LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	98
1.- Concepto y naturaleza.....	98
2.- Fundamento, finalidad y alternativas.....	108
3.- Ámbito objetivo: análisis crítico-descriptivo	131
4.- Competencia <i>ratione personae</i> , <i>tempore</i> et <i>loci</i>	159
4.1.- Competencia <i>ratione personae</i>	159
4.2.- Competencia <i>ratione temporis</i>	169
4.3.- Competencia <i>ratione loci</i>	170
4.4.- Valoración crítica.....	172
5.- Derecho aplicable.....	175
CAPÍTULO III.- EL PROCESO ANTE LA CPI.....	187
1.- Introducción	187
2.- Aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal internacional y consecuente disminución del principio de legalidad.	190
3.- Fase de examen preliminar	201
4.- Fase de investigación y enjuiciamiento	206
5.- Fase de juicio oral	217
6.- Fase de apelación y revisión.....	226
7.- Especial mención a la prisión provisional	233
8.- Valoración crítica	242
CAPÍTULO IV.- LA VÍCTIMA EN EL PROCESO ANTE LA CPI.....	247
1.- El desarrollo de la figura de la víctima en el plano del proceso penal internacional.....	247

1.1.- La creciente atención de la víctima por parte del sistema internacional	247
1.2.- El concepto de víctima en el Estatuto de Roma	255
1.3.-Análisis de la normativa relativa a la víctima	263
1.4.- Consideraciones sobre el estatus de la víctima regulado en el ER	272
2.- La participación de las víctimas en el proceso penal.....	279
2.1.- Su condición de parte procesal. La cuestión problemática de la legitimación activa.....	279
2.2.- El estatuto procesal de la víctima en la fase de instrucción: investigación, enjuiciamiento y audiencia de confirmación de cargos	298
2.3.- El estatuto procesal de la víctima en la fase del juicio oral. Especial incidencia en la práctica de prueba	316
2.4.- La víctima en la fase de apelaciones	342
2.4.1.- Marco general	342
2.4.2.- La posibilidad de apelar en el ámbito de la CPI: la víctima como parte y como solicitante en el recurso de apelación.....	348
2.4.2.1.- La impugnación en materia de reparaciones: la víctima como parte	348
2.4.2.2.- La impugnación de las apelaciones interlocutorias: la víctima como solicitante	349
2.4.3.- Las víctimas y el recurso de revisión	360
2.5.- Valoración crítica.....	362
3. Justicia reparativa en relación con la víctima.....	369
3.1.- Desarrollo conceptual	369
3.2.- Desarrollo jurisprudencial	374
3.3.- Valoración crítica en torno a la justicia reparativa en relación con la víctima.	388
4. La protección y la asistencia a las víctimas como consecuencia de su participación en el proceso	390
4.1.- Normativa aplicable.....	390
4.2.- La Dependencia de Víctimas y Testigos.....	392
4.3.- La Sección para la Participación y Representación de las Víctimas.....	399
4.4.- La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas	401
4.5.- El Fondo Fiduciario para las Víctimas	421
4.6.- Valoración crítica.....	426
CONCLUSIONES	429
JURISPRUDENCIA	444
BIBLIOGRAFÍA	450

RESUMEN

El presente trabajo pretende aportar un enfoque holístico sobre la relevancia de los tribunales penales internacionales y sobre cómo ha desembocado su trayectoria histórica en la Corte Penal Internacional, en aras de la defensa del Derecho Internacional Humanitario directamente, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos indirectamente. Como rasgo distintivo transversal, se ha tomado a la víctima en el plano procesal, por entender que constituye el epicentro de la tensión existente entre los deseos de preservar la paz y seguridad internacional de un lado, con la tutela judicial efectiva por otro, todo ello en relación con la defensa por parte de la comunidad internacional de unos bienes jurídicos que se reputan como los más importantes.

Así pues, la tesis doctoral comprende un estudio inicial sobre el origen y asentamiento de los tribunales penales internacionales, proceso histórico que ha culminado con el nacimiento de la Corte Penal Internacional. Posteriormente se aborda el origen, naturaleza y cometidos del primer tribunal penal internacional permanente de la historia, para después centrarse en el proceso y las formas que tiene la víctima para interaccionar con el tribunal y defender sus intereses.

Ello ha implicado un estudio del Derecho Procesal propio de la institución –lo que constituye una novedad en esta rama del Derecho–, cuya característica principal es el aunamiento entre conceptos procesales propios de un sistema de corte anglosajón y otro de corte romano-germánico. Es precisamente la víctima y las atribuciones procesales que ostenta el eje central del trabajo, sin que por eso se soslayen otros aspectos necesarios para su estudio, relacionados con el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Historia del Derecho.

La tesis doctoral se estructura en cuatro capítulos, constituyendo el primero un análisis sobre la experiencia previa en lo que al enjuiciamiento previo determinados crímenes –principalmente de guerra y contra la humanidad– concierne. En concreto, se examina el contexto histórico y cometidos del Juicio de Breisach de 1474 contra Peter von Hagenbach, punto de partida de los tribunales penales internacionales, para después rescatar las propuestas decimonónicas de Gustave Moynier, ya en el marco de un concepto de Estado tal y como conocemos en la actualidad. Posteriormente se analizan

los procesos más importantes de la pasada centuria, aglutinados en lo que se viene denominando Juicios de Núremberg. También se abordan los procesos parejos que se suscitaron en el otro extremo geográfico, es decir, los juzgados por el Tribunal Militar del Lejano Oriente, representando ambos un punto de inflexión capital en la historia del Derecho Penal y Procesal Internacional. Continúa el estudio histórico con los llamados tribunales *ad hoc*, esto es, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, antecedentes inmediatos de la Corte Penal Internacional, y que de alguna manera representan la toma de conciencia de la necesidad de promover la defensa de determinados bienes jurídicos cuya titularidad recae en el conjunto de la comunidad internacional, sin que el respeto a determinados delitos, como el de no injerencia, sea obstáculo para su enjuiciamiento.

En el segundo capítulo se estudia el concepto y naturaleza de la Corte Penal Internacional, tomando como punto de partida la gestación y ratificación del principal documento jurídico de la Corte, a saber, el Estatuto de Roma. Integra también dicho capítulo un análisis de su fundamento, finalidad y alternativas, con especial hincapié en el tipo de violencia ejercida hoy en día –lo que incluye el examen de su escala–, así como en la creciente aceptación del uso de la fuerza para fines humanitarios. No se soslayan las dificultades por las que ha pasado la Corte y se examina la viabilidad de la naturaleza jurídica de la Corte. También incluye un análisis crítico-descriptivo de su ámbito objetivo, así como el enfoque de la competencia asumida por la misma, bien desde un punto de vista personal, como temporal y de ubicación.

El tercer capítulo se vertebra sobre el proceso desarrollado ante este primer tribunal penal internacional permanente de la historia, desgranando cada una de las fases que lo componen, esto es, la fase de examen preliminar, la fase de investigación y enjuiciamiento, la fase de juicio oral y la fase de apelación y revisión, con especial mención de la prisión provisional. En este sentido, se indaga sobre cuáles son las incidencias procesales en la primacía del principio de oportunidad sobre el principio de legalidad, en qué casos la gravedad no redunde en interés de la justicia, así como la labor de supervisión de la Corte sobre las jurisdicciones nacionales, extremo que no es sino consecuencia del carácter complementario de la misma.

El capítulo dedicado al papel de la víctima en el proceso es el más extenso. Este incluye un estudio sobre el desarrollo de la figura de la víctima en el plano procesal,

integrado por el concepto de víctima otorgado por el Estatuto de Roma, la creciente atención que dicha figura promueve actualmente en el sistema internacional, así como el análisis de la normativa que regula la misma. La consecuencia natural de las anteriores premisas nos ha llevado a preguntarnos por la viabilidad y posibilidades de su estatus con arreglo al Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Profundizando en la participación procesal de la víctima en el proceso, se aborda la problemática de la legitimación activa y su estatuto procesal en cada una de las fases procesales, con especial incidencia en la práctica de pruebas. También se realizan consideraciones -en el plano conceptual y jurisprudencial- en torno a la justicia reparativa, finalizando el capítulo con la protección y asistencia a las víctimas como consecuencia de su participación en el proceso, dispensada por la Dependencia de Víctimas y Testigos, la Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas, la Oficina pública de Defensa de las Víctimas y el Fondo Fiduciario para las Víctimas.

La tesis doctoral concluye con un conjunto de consideraciones que sintetizan las aportaciones más relevantes de este trabajo.

ABSTRACT

This study aims to provide a holistic focus on the relevance of international criminal tribunals and the culmination of their history in the International Criminal Court, in the interests of the defence of International Humanitarian Law, directly, and International Human Rights Law, indirectly. The distinctive trait adopted throughout this topic is that of the victim, in procedural terms, representing the epicentre of the existing tension between the desire to preserve international peace and security, on the one hand, and effective legal protection on the other, all in connection with the international community's defence of certain legal values considered to be of the greatest importance.

The doctoral thesis thus comprises an initial study of the origin and establishment of international criminal tribunals, a historical process ultimately leading to the creation of the International Criminal Court. The study then addresses the origin, nature and tasks of the first permanent international criminal tribunal in history, before subsequently focusing on the process and forms available to victims in order to interact with the court and defend their interests.

This entailed a study of the inherent Procedural Law of the institution, representing a novelty in this branch of Law, the main characteristic of which is the combination of the inherent procedural concepts of a system following the Anglo-Saxon model, and one following the Roman-Germanic model. Victims and their procedural attributions form the specific core of the study, without overlooking such other necessary fields as International Criminal Law, International Humanitarian Law, International Human Rights Law and the History of Law.

The structure of the doctoral thesis is divided into four chapters, the first of which comprises an analysis of prior experience as regards earlier trials of certain crimes, essentially war crimes and crimes against humanity. A specific examination is conducted of the historical context and functions of the 1474 Breisach Trial against Peter von Hagenbach, the starting point for international criminal tribunals, before then recalling the nineteenth-century proposals of Gustave Moynier, within the context of what by then was a similar concept of State to that which we know today. The most important cases of the last century are then analysed, brought together in what has become known as the Nuremberg Trials. Consideration is likewise given to the similar

proceedings that arose on the other side of the world, namely those conducted by the International Military Tribunal for the Far East, both of them representing a key turning point in the history of International Criminal and Procedural Law. This historical study continues with so-called ad hoc tribunals, in other words the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda, providing the immediate background for the International Criminal Court, and which in a way represent the emergence of an awareness of the need to promote the defence of certain legal values owned jointly by the international community, without respect for certain offences, such as non-interference, preventing cases from being tried.

The second chapter studies the concept and nature of the International Criminal Court, taking as its starting point the gestation and ratification of the Court's key legal document, the Rome Statute. This chapter likewise includes an analysis of its foundations, purpose and alternatives, with a particular emphasis on the type of violence exercised today, including an examination of its scale, and the growing acceptance of the use of force for humanitarian purposes. The difficulties that the Court has faced are likewise addressed, along with an examination of the viability of its legal nature. There is similarly a critical and descriptive analysis of its objective scope and the focus of jurisdiction that it has assumed, whether from a personal perspective, or in terms of timeframe and location.

The third chapter is based on the proceedings undertaken for what is the first permanent international criminal tribunal in history, breaking them down into each of their constituent phases, namely the preliminary examination phase, the investigation and prosecution phase, the oral hearing phase and the appeal and review phase, with a particular reference to custody on remand. There is in this regard an exploration of the procedural incidents in the primacy of the principle of opportunity over the principle of legality, those cases where the gravity does not act in the interests of justice, and also the task that the Court has in supervising national jurisdictions, an aspect that is simply a consequence of its complementary status.

The longest chapter is that dedicated to the role of victim in the process. It includes a study of the development of the concept of victim in procedural terms, comprising the concept of victim established by the Rome Statute, the increasing attention that said figure is now eliciting within the international system, and an analysis of the

corresponding regulations. The natural consequence of the above premises leads us to consider the viability and possibilities of its status in accordance with the Statute and the Rules of Procedure and Evidence. Exploring in greater depth the procedural participation of the victim in the process, the issue of active legitimate standing and the procedural statute is addressed at each procedural stage, with a particular emphasis on the examination of evidence. Considerations are likewise given, in conceptual and case-law terms, as regards reparatory justice, while the chapter ends with protection and assistance for victims as a consequence of their involvement in the process, provided by the Victims and Witnesses Unit, the Victims Participation and Reparations Section, the Office of the Public Council for the Victims and the Trust Fund for Victims.

The doctoral thesis ends with a set of considerations summarising the most significant contributions made by this study.

ABREVIATURAS

AG	Asamblea General de Naciones Unidas
ALIR	Army for the Liberation of Rwanda
AMB	Al Aqsa Martyr's Brigades
AN	Audiencia Nacional
AQAP	Al Qaeda in the Arabian Peninsula
AQI	Al Qaeda in Iraq
AQUIM	Al Qaeda in the Islamic Magreb
Art.	Artículo
AS	Al-Shabaab
ASG	Abu Sayaf Group
BACRIM	Bandas emergentes en Colombia/Bandas Criminales
BIFF	Bagsamoro Islamic Freedom Fighters
BLA	Baluch Liberation Army
BLUF	Baluch Liberation United Front
BRA	Baluch Republican Army
BRD	Beyond Reasonable Doubt
BRN	Barisan Revolusi Nasional
CCGG	Convenios de Ginebra
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDEAO	Comunidad Económica de Estados de África Occidental
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEI	Comunidad de Estados Independientes
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Convención Americana de Derechos Humanos
CPA	Corte Permanente de Arbitraje

CPI	Corte Penal Internacional
CRA	Congolese Revolutionary Army
CS	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
CT	Los Caballeros Templarios
CV	Comando Vermelho
DDHH	Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DVT	Departamento de Víctimas y Testigos
EC	Elementos de los crímenes
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
ELN	Ejército de Liberación Nacional
ER	Estatuto de Roma
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FDLR	Forces Democratiques de Liberation du Rwanda
FFV	Fondo Fiduciario para las Víctimas
FPR	Frente Patriótico de Ruanda
FSA	Free Syrian Army
GMIP	Gerakan Mujahideen Islam Pattani
HIG	Hizb-e-Islami Gulbuddin
HuM	Harkat ul-Mujaheeden
IMT	Islamic Party of Turkestan
IMU	Islamic Movement of Uzbekistan
ICC	International Criminal Court (denominación inglesa de CPI)

ISIS	Islamic State
JI	Jemaah Islamiah
JeM	Janjaweed militias, Jaysh-e-Mohammad
JEM	Justice and Equality Movement
JN	Jabhat al-Nusra
JuD	Jamaat ud-Dawa
KIA	Kachin Independent Army
KNLA	Karen National Liberation Army
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LeI	Laskar-e-Islam
LeJ	Lashkar-e-Jhangvi
LO	Ley Orgánica
LRA	Lord's Resistance Army
LeT	Lashkar-e-Taiba
MS-13	Mara Salvatrucha
M-18	Mara 18
M23	March 23
MEND	Movement for the Emancipation of the Niger Delta
MICT	Mecanismo de Tribunales Criminales Internacionales
MILF	Moro Islamic Liberation Front
MNLA	National Movement for the Liberation of Azawad
MRDN	Movimiento Nacional para el desarrollo (Interahamwe)
MTT	Muqami Tehrik-e-Taliban
MUJWA	Movement for the Unity and Jihad in West Africa
MYM	Mujahideen Youth Movement
NPA	New People's Army

NU	Naciones Unidas
Núm.	Número
NVCG	National Volunteer Coast Guard
OPDV	Oficina para la Participación de las Víctimas
OPM	Organisasi Papua Merdeka
OSCE	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OUA	Organización para la Unidad Africana
PA	Protocolos Adicionales
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PCC	Primeiro Comando da Capital
PIDPC	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PKK	Partido de los Trabajadores de Kurdistan
PRMI	People's Resistance Movement of Iran
PULO	Pattani United Liberation Organisation
R2P	Responsabilidad de proteger
RAAD	Republican Action Against Drugs
RC	Reglamento de la Corte
RKK	Runda Kumpulan Kecil
Res.	Resolución
ROE	Rules of Engagement
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
S.	Siglo
SA	Sala de Apelaciones
SAA	Shan State Army-South

SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SG	Secretario General de Naciones Unidas
SPI	Sala de Primera Instancia
SPLM-N	Sudan People's Liberation Movement-North
SPRV	Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas
SRF	Sudan Revolutionary Front
SSP	Sipah-e- Sahaba Pakistan
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SURA	Shan United Revolutionary Army
SWGCA	Special Working Group on the Crime of Agression
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEIL	Tribunal Especial para el Líbano
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TMN	Tribunal Militar de Núremberg
TPILO	Tribunal Penal Internacional para el Lejano Oriente
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TS	Tribunal Supremo
TTP	Tehrik-e-Taliban Pakistan
UA	Unión Africana

UE Unión Europea

ULFA United Liberation Front of Assam

UNAMIR United Nations Assistance Mission for Rwanda

INTRODUCCIÓN

Como puede constatarse, la propagación del pacifismo como ideal –principalmente a partir de 1945- no ha supuesto un freno a la ola de violencia practicada en la última mitad del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI. Por el contrario, sí ha podido percibirse cierto retroceso en la convivencia humana por el arrinconamiento del Derecho Internacional Humanitario, toda vez que el conflicto armado deja de estar regido por el Derecho. Esta afirmación reviste especial gravedad, ya que en última instancia, es la víctima de un conflicto quien más desprotegida queda en un ámbito en el que la lucha por la impunidad se caracteriza por su arduidad; característica que habrá de examinarse a la luz de la constante relegación de la persona física en un ramo del Derecho de carácter supranacional como es el Derecho Internacional Público.

No puede perderse de vista que el Derecho busca la práctica de la justicia, bien en las relaciones particulares (justicia retributiva), bien en los juicios (justicia judicial), bien cuando se organiza la convivencia (justicia distributiva), y en este sentido la Corte Penal Internacional –todavía en vía de asentamiento- está llamada a cumplir una importante función judicial, si bien está sometida a importantes retos.

En una conferencia auspiciada por el programa “Justice and Society” del Aspen Institute, celebrada el pasado 10 de abril de 2014, en la que intervinieron el juez Richard Goldstone y la fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda, fueron puestos de relieve por ésta última cuáles eran los retos a los que se enfrentaba el primer tribunal penal internacional de carácter permanente de la historia.

Concretamente expuso en primer lugar que, con el aumento de procedimientos, la Corte carecía de los recursos necesarios para afrontarlos con las debidas garantías, ya que no se había producido un correlativo aumento de medios. En segundo lugar puso de relieve la necesidad de mejorar la cooperación entre los Estados parte y la Corte, cuestión capital para que la institución pueda desarrollar su labor, y que refleja las reticencias que hoy en día perviven en la comunidad internacional para juzgar los crímenes que la Corte puede, eventualmente, llegar a conocer.

Además incidió en los errores conceptuales sobre los que se está incurriendo, relativos a las actuaciones de la Corte. Estos errores tienen su reflejo, por ejemplo, en las limitaciones que se le intentan imponer en su actuación, ya que cada paso que da el

tribunal es percibido como una medida política, vaciando así de contenido el principio de complementariedad.

Finalmente se aludió a las relaciones entre justicia y paz en las situaciones de postconflicto y cómo la actuación de la Corte Penal Internacional debe desmarcarse de los procesos de paz. En este sentido ambos conferenciantes hicieron hincapié en el principio rector de complementariedad que rige la actuación, incidiendo en aquellos supuestos en los que un Estado parte tiene voluntad para juzgar un crimen competencia de la Corte, pero carece de capacidad para ello.

Por otra parte nadie duda de que, a pesar de las dificultades mencionadas, la Corte ha cosechado ciertos logros tanto en el plano fáctico, mediante el enjuiciamiento de criminales de guerra, como en el plano preventivo en el ámbito de la violencia a gran escala. También, dada la complementariedad de la Corte, se han reforzado sistemas judiciales caracterizados por su fragilidad. Además, el uso de la fuerza con carácter humanitario por parte de potencias que han ratificado el Estatuto de Roma, está condicionado por el eventual ejercicio de competencia de la Corte.

En este marco cabe preguntarse sobre las posibilidades que tiene la Corte de incrementar su reconocimiento mediante una mayor aceptación del Estatuto de Roma, y la viabilidad de establecer un triple eje entre seguridad internacional, el reconocimiento de un estatus adecuado en el proceso para las víctimas y el interés de la justicia.

OBJETO Y METODOLOGÍA

El presente trabajo tiene por objeto el estudio sobre el desarrollo histórico de los tribunales penales internacionales y las causas que han hecho posible el nacimiento de la CPI. Analizado el contexto histórico, se indaga sobre las competencias, finalidades, fundamentos, alternativas y normativa referente a este tribunal penal internacional de carácter permanente, sin soslayar las dificultades que ha atravesado y las perspectivas de la misma.

A continuación, como eje central del trabajo, se examinan las distintas fases del proceso desarrollado ante la CPI, tomando la figura de la víctima como eje transversal de la investigación. En este sentido, se analiza su estatuto procesal desde diversas perspectivas, abordando así la problemática de la legitimación activa, así como sus posibilidades procesales en el marco de la investigación, enjuiciamiento, audiencia de confirmación de cargos, juicio oral y apelaciones. Debido a que este proceso integra elementos característicos del sistema romano-germánico y de common law, se analiza la práctica de prueba por representar esta ciertas peculiaridades. También se considera la tutela de sus pretensiones en la fase de apelaciones. Durante el desarrollo del trabajo, ha sido de gran utilidad la compilación jurisprudencial recogida en el Manual para Representantes legales, así como la propia base de datos de la CPI accesible desde su página web; también la base de datos que recopila documentación jurídica de diversa época que recibe el nombre de *“The Avalon Project”*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

Finalmente se estudia la justicia reparativa en relación a la víctima –desde el plano conceptual y jurisprudencial-, y la protección y asistencia a las mismas como consecuencia de su participación en el proceso, a través de la Dependencia de Víctimas y Testigos, la Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas y el Fondo Fiduciario para las Víctimas.

En el estudio de estos aspectos se ha estudiado la normativa al efecto y después se han analizado los comentarios efectuados por los principales representantes de la doctrina, así como la jurisprudencia pertinente. En todo momento se ha pretendido dar a las distintas cuestiones un enfoque amplio estudiando, si fuese el caso, las medidas adoptadas por organizaciones internacionales o Estados. Por otra parte, los aspectos

procesales de la CPI han sido comparados con las distintas disposiciones nacionales relativas al proceso penal propio de la jurisdicción ordinaria, y en la medida de lo posible de la jurisdicción militar.

CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1.- El juicio de Breisach de 1474: Peter von Hagenbach

I. El análisis y proyección de la labor que realiza la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) junto con los presupuestos fácticos que más adelante se propondrán, requiere un estudio sobre la naturaleza jurídica y evolución de dicho tribunal.

Si bien constan procedimientos penales contra criminales de guerra desde la etapa de hegemonía cultural griega, éstos carecen de interés para el asunto que nos ocupa, toda vez que constituían imposiciones de vencedores frente a vencidos carentes de la debida imparcialidad, y no suponían un esfuerzo coordinado entre naciones para juzgar crímenes de relevancia internacional. En relación a los antecedentes históricos, hemos preferido fijarnos en aquellos hitos fundamentales que han supuesto un empuje decidido al establecimiento de la CPI, dejando de lado otros ejemplos o propuestas que, aun siendo muy interesantes -como por ejemplo la propuesta del jurista francés DONNEDIEU DE VABRES una vez finalizados los Juicios de Núremberg, o las actuales salas especiales de la Corte Camboyana (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia)-, nos desviarían en exceso del tema central del trabajo.

II. El punto de partida de los tribunales penales internacionales puede fijarse en 1474¹ con la decapitación de Peter von Hagenbach², sentenciado por un tribunal compuesto por 28 jueces provenientes de distintos Estados del Sacro Imperio Romano Germánico. Este tribunal *ad hoc* respondía a la voluntad que tenía el Archiduque de Austria de juzgar determinados crímenes de guerra en el marco de la Guerra de Borgoña (1474-1477), conflicto protagonizado entre el Ducado de Borgoña y la dinastía Valois, con una decisiva intervención de la Antigua Confederación suiza, también denominada

¹ Vid. GRANT, LINDA: "Exhibit highlights the first international war crimes tribunal". Harvard Law Bulletin, 2006, pág. 72.

² Este es también el punto de partida destacado por SCHABAS, WILLIAM A.: "An introduction to the International Criminal Court", Cambridge University press, 2012, pág. 1: "*The first genuinely international trial for the perpetration of atrocities was probably that of Peter von Hagenbach, who was tried in 1474 for atrocities committed during the occupation of Breisach. When the town was retaken, von Hagenbach was charged with war crimes, convicted and beheaded. But what was surely no more than a curious experiment in medieval international justice was soon overtaken by the sanctity of State sovereignty resulting from the Peace of Westphalia of 1648*".

Eidgenossenschaft (cuyos combatientes serían después de estos sucesos históricos reputados mercenarios).

Peter von Hagenbach fue designado por Carlos el Temerario, Duque de Borgoña, para mantener el orden en los territorios del Archiduque de Austria al oeste del Rin. Esta designación fue consecuencia de los fieles servicios prestados a Carlos el Temerario en su guerra contra Francia; y es que, desde 1469, el Archiduque de Austria –mediante el Tratado de Saint Omer- confió a Carlos el Temerario sus posesiones alsacianas como feudo para lograr, entre otros motivos, frenar la expansión de la Confederación suiza. Dicho tratado era también plasmación de la política de prestigio que emprendió Carlos el Temerario³, que tenía un enfoque político enfrentado a la corona francesa, ya que mientras evitaba a toda costa la incorporación de Borgoña a la unidad francesa pretendida por Luis XI de Francia, trataba con el Archiduque la posibilidad de crear un reino borgoñón. En ese marco histórico, y en cumplimiento de las órdenes del Duque de Borgoña, Peter von Hagenbach decidió aplicar una política de terror y presión sobre la población de ciudades como Basilea, Estrasburgo, Mulhouse o Breisach que fue calificada por el tribunal que lo juzgó como “una violación de las leyes de Dios y del hombre”, siendo acusado entre otros crímenes de asesinato, violación y perjurio. Después de la derrota y muerte de Carlos el Temerario en la batalla de Nancy en 1477, la dinastía borgoñona se extinguió, pasando a control de los Habsburgo los territorios que el Duque de Borgoña poseía en Flandes, mientras que Borgoña se integró en la Francia de Luis XI.

III. Ahora bien ¿cuáles son las características destacables de este tribunal *ad hoc*? ¿Constituía realmente un tribunal internacional a pesar de proceder todos sus jueces del Sacro Imperio Romano Germánico? El Sacro Imperio Romano era una compleja entidad política cuya andadura comenzó en el año 962 con la coronación de Otón I el Grande, y finalizó con la disolución operada por su último emperador –Francisco II-, quien lo disolvió en 1806 para evitar una coronación de Napoleón. Sin ánimo de ser exhaustivos en el análisis histórico del Sacro Imperio Romano Germánico, sí conviene reseñar

³ Vid. HUIZINGA, JOHAN: “El otoño de la Edad Media”. Estudios sobre la forma de vida y del espíritu durante los siglos XIV y XV en Francia y los Países Bajos (1929), Selecta Revista de Occidente, Madrid, 1967.

algunos aspectos relativos a sus estructuras e instituciones, pues inciden en la naturaleza del tribunal *ad hoc* que juzgó a Peter von Hagenbach.

Los estados que componían el Sacro Imperio Romano Germánico gozaban de una forma única de autoridad territorial denominada *Landeshoheit*, que les concedía atributos de soberanía sin ser completamente soberanos. A su vez, éstos llegaban a componer una entidad considerada como *Reichsstand* (Estado imperial) si, conforme a las leyes feudales, no existía más autoridad por encima que la del emperador. Cada *Reichsstand* contaba con escaño y voto (*Sitz und Stimme*) en el Reichstag o Dieta Imperial, pudiendo diferenciarse los *Reichsstand* gobernados por un príncipe o duque, los *Reichsstand* eclesiásticos dirigidos por un obispo o por un príncipe-obispo (tal es el caso por ejemplo de del obispo de Maguncia), así como los *Reichsstand* con categoría de ciudades imperiales libres. Esta última entidad estaba constituida por ciudades autónomas gobernadas formalmente por el emperador en vez de un príncipe (*Fürsten*), y gozaban de un régimen político y jurídico propio denominado *Reichsunmittelbarkeit*, ostentando igualmente representación en la Dieta Imperial. No obstante, dentro del concepto de ciudad imperial libre ha de distinguirse entre las ciudades imperiales (*Reichsstädte*) y las ciudades libres (*freie Städte*). Las ciudades imperiales lograban su independencia por graciosas concesiones del emperador como consecuencia de premiar a sus ciudadanos por favores realizados, mientras que las ciudades libres eran territorios gobernados por un príncipe-obispo que lograron su independencia del mismo durante la Alta Edad Media. Si bien las ciudades imperiales y las ciudades libres fueron poco a poco asemejándose en su estatus jurídico, originariamente no fue así ya que las ciudades libres poseían inicialmente más derechos y privilegios que una ciudad imperial. Así, por ejemplo, mientras las ciudades imperiales pagaban sus impuestos al emperador y le proveían con tropas en sus campañas militares, las ciudades libres únicamente apoyaban al emperador durante las cruzadas y podían organizar la protección de su propia ciudad.

En cuanto a los derechos y privilegios que ostentaban los Estados Imperiales puede destacarse que sus gobernantes tenían autonomía para regular sus propios asuntos, incluidos los familiares. Por ejemplo, se les permitía fijar normas relativas a la herencia de sus Estados Imperiales sin interferencia del emperador. Después de los tratados de Osnabrück y Münster firmados el 15 y 24 de mayo de 1648 –más conocidos como Paz de Westfalia, y que tuvieron una gran importancia en lo que a Derecho internacional

respecta-, pudieron firmar tratados y concertar alianzas con otros Estados Imperiales e incluso con otras potencias sin aquiescencia del emperador. Entre los principales derechos pueden destacarse los siguientes: tener escaño y voto individual (*Virilstimme*) o colectivo (*Curiatstimme*); ser suspendido o privado de su estatus sólo por sus pares; el derecho de asociación y voto dentro de su propio Consejo; y el derecho de voto agrupado por religión (procedimiento denominado *litio in partes*), que podría invocarse para tratar cualquier asunto, no solo el religioso. De esta manera los Estados se agrupaban por religión, pudiendo diferenciarse el banco católico presidido por el Elector Arzobispo de Maguncia, y el banco protestante presidido por el Elector de Sajonia. Los bancos religiosos tenían capacidad de veto en la Dieta Imperial, pues no podía acordarse ninguna decisión si ambos grupos manifestaban resoluciones opuestas.

Un Estado Imperial podía perder tal condición si su territorio era cedido a una potencia extranjera (es el caso de los cantones suizos que se independizaron de sus señores feudales de la Casa de Habsburgo y vieron reconocida su independencia del Sacro Imperio al final de la Guerra de los Treinta Años; o el de la absorción por parte de Francia de Provenza en el año 1246 o el Delfinado en 1349). La mediatización también podía constituir el cese del estatuto de Estado Imperial, es decir, un Estado colocado bajo la autoridad –pero no la soberanía-, de un Estado extranjero. Finalmente se podía perder la condición por estar sometido su gobernante a la interdicción imperial. Fue el caso del Elector Palatino del Rin, Federico V del Palatinado, por sus pretensiones sobre el Reino de Bohemia, territorio gobernado por la Casa Habsburgo, quien en 1621 fue expulsado de la Dieta Imperial y del Colegio de Electores, siendo sustituido por el ducado de Baviera en dicho Colegio.

IV. En este contexto histórico, Peter von Hagenbach jugó un papel determinante, pues fue designado por Carlos el Temerario para gobernar los territorios cedidos por Austria por una suma de dinero y ciertas condiciones (y que a la postre supusieron el final del Ducado por los hechos desencadenados). En efecto, por el tratado de Saint Omer de 9 de mayo de 1459 antes mencionado, el Archiduque Segismundo cedió al Duque de Borgoña por 50.000 florines el territorio ribereño al río Rin que comprendía el Landgraviato en Alsacia, los condados de Ferrette y Hauenstein (con una importante extensión de Selva Negra), y las ciudades de Breisach y Ortenburgo, así como las

llamadas ciudades forestales, a saber, Rheinfelden, Seckingen, Lanffenburg y Waldshut. Además de los 50.000 florines el Tratado señalaba que Carlos el Temerario debía asumir el pago de 10.000 florines en reparaciones a los suizos que los Habsburgo debían como consecuencia de sus derrotas frente a los mismos.

A pesar de ser un personaje importante de la época, los orígenes de Peter von Hagenbach no son claros⁴, pues se desconoce hasta su fecha de nacimiento⁵, que al parecer se produjo en 1420. Su madre, Catherine, era la viuda de un noble francés llamado Jean de Montjustin⁶, Señor de Belmonte, en cuyo castillo del Franco-Condado Peter von Hagenbach se crió. Su padre, Anton, era miembro de la baja nobleza Alsaciana, y su familia había estado bajo el dominio feudal de los Habsburgo desde la mitad del siglo XIV. Anton era originario de la villa de Hagenbach, donde su familia tenía un pequeño castillo. Esta villa pertenecía al municipio de Mulhouse, ciudad que se erigió como factor clave en la vida de Hagenbach en su servicio al Duque de Borgoña⁷. Las crónicas indican que Anton von Hagenbach fue ciudadano de Thann y que entró al servicio de los Habsburgo⁸. En 1428 fue alcalde de Thann y en 1440 entró en el denominado Consejo de los Habsburgo, en la Corte de Ensisheim⁹. Como consecuencia de los orígenes de sus progenitores, Peter von Hagenbach habló con fluidez el alemán y el francés, habilidades claves en su designación posterior. Al parecer recibió su formación en un monasterio francófono, orientando posteriormente su vida al servicio de la corte ducal. El historiador WERNER PARAVICINI ha señalado que “un intermediario desconocido abrió la puerta para Hagenbach en la Corte borgoñesa”¹⁰.

Una primera referencia en lo que al servicio al Duque atañe aparece en 1443, cuando al parecer tomó parte con Felipe el Bueno –padre de Carlos el Temerario- en una operación militar en Luxemburgo¹¹. En ese año fue nombrado Caballero de la Orden de

⁴ Vid. WITTE, HEINRICH: “Zur Gesichte des burgundischen Landvogts Peter von Hagenbach” en “Zeitschrift für die Gesichte des Oberrheins”, pág. 646.

⁵ Vid. BRAUER-GRAMM, HILDBURG: “Der Landvogt Peter von Hagenbach”, Northeim und Zurich: Musterschmidt Verlag, 1957, n° 44, pág. 12.

⁶ Op. cit. BRAUER-GRAMM, n° 44, págs. 12 y 13.

⁷ Vid. S. GORDON, GREGORY: “The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law”, en “The hidden Histories of War Crime Trials”, ed. Oxford University Press, pág. 25.

⁸ Op. cit. BRAUER-GRAMM, n° 44, pág.12.

⁹ Op. cit. BRAUER-GRAMM, n° 44, pág.12 y13.

¹⁰ Vid. PARAVICINI, WERNER: “Hagenbach Hochzeit: Ritterlichhöfische Kultur zwischen Burgund und dem Reich im 15. Jahrhundert 41” in Konrad Krimm und Rainer Brüning, Zwischen Habsburg und Burgund. Der Oberrhein als europäische Landschaft im 15. Jahrhundert”, ed. Thorbecke, 2003, pág. 1277.

¹¹ Op. cit. PARAVICINI, WERNER, pág. 1277.

san Jorge de Borgoña¹², título del que sería despojado en 1474 en su proceso. Poco tiempo después, en 1448, según el historiador HILDBURG BRAUER-GRAMM¹³, Hagenbach comenzaría a destacar negativamente secuestrando a un banquero de Basilea llamado Marquard Baldeck con quien había cenado la noche anterior, para exigir un rescate a la familia del banquero. Otro historiador, en este caso el británico RICHARD VAUGHAN, ha puesto de manifiesto un suceso por el cual se hizo merecedor de la confianza y gratitud de Carlos el Temerario: en 1462 delató a un individuo llamado Jehan Constain que, según parece, se encontraba conspirando para asesinar al Duque de Borgoña¹⁴.

V. Centrándonos ya en el juicio y las causas que lo motivaron, es preciso señalar que el primer estudio sistematizado del mismo es obra de GEORG SCHWARZENBERGER¹⁵. En este estudio, publicado en “The Manchester Guardian”, el jurista británico SCHWARZENBERGER defendió que el juicio contra Hagenbach en Breisach en 1474 constituyó el precedente de los juicios Núremberg. Efectivamente, el artículo titulado “A Forerunner of Nuremberg: The Breisach War Crime Trial of 1474” fue publicado el 28 de septiembre de 1946, es decir, cuando aún estaban celebrándose los juicios de Núremberg, y en opinión de su autor algunos de los argumentos jurídicos utilizados por el Tribunal, -particularmente la acusación de crímenes contra la humanidad, así como el rechazo de la eximente del cumplimiento de órdenes del superior para justificar la perpetración del delito-, fueron ya discutidos en aquél. Puso además de relieve que Hagenbach “estableció un régimen de arbitrariedad y terror que fue más allá de lo acostumbrado incluso para aquellos duros años”¹⁶; estableciendo así un paralelismo entre Hagenbach y los nazis procesados en Núremberg¹⁷.

En relación a las acusaciones formuladas contra Hagenbach, SCHWARZENBERGER entendió que las mismas constituían crímenes de lesa

¹² Op. cit. PARAVICINI, WERNER, también pág. 1277.

¹³ Op. cit. BAUER-GRAMM, HILDBURG, nº 44, pág. 14.

¹⁴ Vid. VAUGHAN, RICHARD: “Charles the Bold: The last Valois Duke of Burgundy”, ed. Boydell Press, 2002, pág. 255.

¹⁵ Vid. SCHWARZENBERGER, GEORG: “A Forunner of Nuremberg: The Breisach War Crime Trial”, The Manchester Guardian (London), 28 de septiembre de 1946.

¹⁶ Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, pág. 4: “*established a regime of of arbitrariness and terror that went beyond anything that was customary even in those rather rough times*”.

¹⁷ Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, también pág. 4. ; y op. cit. S. GORDON, GREGORY, pág. 16.

humanidad. Tal es la interpretación que hace de la famosa frase de la acusación relativa a que Hagenbach “pisoteó las leyes de Dios y de los hombres”¹⁸.

Además SCHWARZENBERGER entendió que el juicio de Breisach implicaba la comisión de crímenes de guerra porque “la retención de Borgoña de los territorios cedidos por Austria era más parecida a una ocupación de territorio extranjero en tiempo de guerra que a una operación en tiempo de paz de territorio extranjero auspiciada por un tratado”¹⁹.

Esta idea ha tenido gran relevancia en un sector doctrinal y puede hacer gala de una fundamentación sólida con base a la experiencia. Así, el jurista israelí YORAM DINSTEIN ha defendido con acierto que “una ocupación beligerante puede ser llevada a cabo sin precedentes hostiles o seguida de los mismos”²⁰.

El tercer punto que interesa destacar del estudio de SCHWARZENBERGER es el carácter internacional que lo juzgó ya que, como veremos, los veintiocho jueces fueron escogidos entre distintas ciudades-estado que, si bien todas ellas formaban parte del Sacro Imperio Romano Germánico, tenían atributos de soberanía²¹.

Finalmente, el artículo concluye que “cuando la sentencia fue dictada, el tribunal rechazó la objeción formulada por la defensa relativa a la falta de competencia del mismo para conocer del asunto. Rechazó la justificación de la defensa de seguir órdenes superiores, encontró a Hagenbach culpable y le condenó a muerte”²². Es importante destacar que es el primer supuesto registrado en el que un tribunal rechaza el cumplimiento de órdenes como eximente o atenuante argumentado por la defensa.

No obstante, a raíz de la publicación del artículo de SCHWARZENBERGER surgieron voces críticas con su tesis. Así, el historiador muniqués HERMANN HEIMPEL puso en entredicho el carácter internacional del tribunal, por constatar que

¹⁸ Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, igualmente pág. 4.

¹⁹ Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, pág. 4: “*The hold of Burgundy over the pledged Austrian territories was more akin to the occupation of foreign territory in war time than to a peace time occupation of foreign territory under treaty*”.

²⁰ Vid. DINSTEIN, YORAM: “The International Law of Belligerent Occupation”, ed. Cambridge University Press, 2009, pág. 31.

²¹ Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, pág. 4 también.

²² Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, pág. 4 donde señala que: “when the judgment was pronounced, the tribunal rejected the advocate’s preliminary objections to its jurisdiction. It overruled the plea of superior orders, found Hagenbach guilty, and condemned him to death”.

todos los jueces pertenecían al Sacro Imperio Romano Germánico²³. También sostuvo que no había crímenes de guerra, ya que las atrocidades no tuvieron lugar en el marco de un conflicto armado²⁴.

Es interesante poner de relieve como apunta GREGORY S. GORDON que, al parecer, los fiscales de Nüremberg leyeron el artículo de SCHWARZENBERGER²⁵. La prueba de la gran difusión que alcanzó dicho artículo se encuentra en el hecho de que el Fiscal Jefe norteamericano en los juicios de Wilhemstrasse²⁶, Telford Taylor, se inspiró en el proceso contra Hagenbach para argumentar que la acusación de crímenes contra la humanidad no constituía una inadmisibile aplicación *ex post facto* de la ley²⁷.

También fue Hagenbach la figura histórica a la que recurrió el Tribunal de Nüremberg en el caso del proceso XII²⁸. Ello ha quedado reflejado en el proceso contra Wilhem Ritter von Leeb, condenado a tres años de prisión por delitos contra la humanidad, donde se hace una referencia expresa a Hagenbach al afirmarse que: “en el juicio de Peter von Hagenbach celebrado en Breisach en 1474, los cargos fueron análogos a los crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el concepto moderno”²⁹.

Otros autores como LESLIE C. GREEN³⁰, en relación a Hagenbach como precursor, han unido el supuesto del súbdito borgoñés al art. 227 del Tratado de Versalles firmado el 28 de junio de 1919 en el Salón de los Espejos del Palacio de Versalles (justo cinco años después del asesinato del Archiduque Francisco Fernando). El artículo 227 establecía que:

“Las potencias aliadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex –Emperador de Alemania, por la ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados”.

²³ Vid. HEIMPEL, HERMANN: “Mitelalter und Nüremberger prozess”, ed. Münster Böhlau, 1952, pág. 449.

²⁴ Ídem.

²⁵ Op. cit. S, GORDON, GREGORY, pág. 16.

²⁶ Aunque será objeto de estudio en el apartado correspondiente, baste señalar que el juicio contra ministros y secretarios de Estado nazis, denominado juicios de Wilhemstrasse por ser la calle en la que estaba ubicado entonces el Ministerio de Asuntos Exteriores alemán, sentó en el banquillo a altos funcionarios de esa categoría que tuvieron responsabilidad penal por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

²⁷ Vid. la sentencia *USA versus Ernst von Weizsäcker*.

²⁸ El llamado proceso XII constituye el último de los procesos de los juicios de Nüremberg, y en él fueron juzgados diversos miembros del Alto Mando alemán.

²⁹ USA vs. von Leeb: “The High Command Case” n°12/vol. 11, pág. 476.

³⁰ GREEN C., LESLIE: “Superior Orders in International and National Law”, ed. Sijthoff, 1976, pág. 263; así como op. cit. GORDON S., GREGORY, pág. 43.

Esta redacción de alguna manera rememora la frase de “*haber pisoteado las leyes de Dios y de los hombres*” del fallo condenatorio a Hagenbach.

Por otra parte, es reseñable como el juicio de Breisach dejó en entredicho el *ius de non evocando* que, hoy en día, sigue presente en muchas constituciones como Alemania, Italia u Holanda, y por el cual se tenía el derecho a la protección y a ser juzgado por los representantes de la corona a la que se debía lealtad. Actualmente esta idea sigue gozando de cierto arraigo, sobre todo en materia de extradición³¹. La cuestión no carece de importancia, ya que la decisión de los jueces de Breisach de rechazar el argumento de la defensa del *ius de non evocando* –por el que Hagenbach buscaba una inhibición en favor de un tribunal borgoñón-, ha servido de modelo al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia para rechazar la invocación de este derecho por Dúsko Tadic, antiguo líder SDS (Partido Demócrata Serbio) en la localidad de Kozarac y antiguo miembro de las fuerzas paramilitares que apoyaron el ataque al distrito de Prijedor, por el que fue condenado a 20 años de prisión por el TPIY por crímenes de lesa humanidad³².

VI. Ahora bien ¿cuáles son los crímenes que se imputaron a Hagenbach? Una de las mayores autoridades en historia del Ducado de Borgoña es el historiador francés AIMABLE GUILLAUME-PROSPER BRUGIERE, más conocido como Prosper de Barante, en cuya obra “*Histoire des ducs de Bourgogne de la maison de Valois: 1364-1477*” figura una reseña importante en relación a los crímenes cometidos por Hagenbach³³. De acuerdo con dicho historiador podemos destacar los siguientes crímenes:

- En primer lugar, la decapitación sin juicio previo de cuatro hombres de la ciudad alsaciana de Thann, que habían acudido a Hagenbach para discutir el porcentaje de los tipos impositivos³⁴. Según Barante, el gravamen en Alsacia con la llegada de los borgoñeses aumentó exponencialmente, llegándose a cobrar un impuesto por botella de

³¹ En este sentido el artículo 4 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva es un buen reflejo.

³² Participó en 1992 en el ataque de las fuerzas serbias contra miembros de la población bosnio-musulmana y croata en el distrito de Prijedor, confinando a miles de personas en los campos de Omarska, Keraterm y Trnopolje. Prófugo de la justicia fue capturado en Munich el 13 de febrero de 1994 por la policía alemana.

³³ Vid. BRUGIERE DE BARANTE, AMABLE-GUILLAUME-PROSPER: “*Histoire des ducs de Bourgogne de la maison de Valois: 1364-1477*”, Librairie Le Normant, 1854.

³⁴ Op. cit. BRUGIERE DE BARANTE, AMABLE-GUILLAUME-PROSPER, vol. 9, pág. 406.

vino consumida (como se ve, el gravamen sobre determinados productos tiene antigua raigambre).

- En segundo lugar, Hagenbach obligó a los granjeros de Alsacia a la realización de determinados trabajos, provocando así que no pudieran dedicarse a las labores necesarias para su manutención y la de sus familias³⁵.

- Además, obligó a los soldados a alojarse en domicilios particulares sin el consentimiento de las familias de acogida, habiéndose dado casos de abusos a las familias por parte de soldados, sin posibilidad de ulterior forma de resarcimiento.

- La nobleza fue desposeída de su derecho a cazar.

- También se dieron casos de violencia sexual contra mujeres de toda clase y condición, incluyendo religiosas.

Sin embargo, dentro de las barbaridades cometidas, quizá la de mayor alcance antijurídico es la consistente en la deportación de ciudadanos de Breisach con la intención de exterminarlos³⁶, es decir, lo que hoy sería una tentativa de delito de genocidio.

La formación de la denominada “Liga de Constanza” en marzo de 1474, alentada por Luis XI de Francia, que integraba a la Confederación de Suiza, Austria y algunas ciudades libres imperiales, consiguió apresar a Hagenbach, ayudados sin duda por el amotinamiento de las tropas de Hagenbach el domingo de Pascua de 1474. Según HERMANN HEIMPEL³⁷ Hagenbach fue torturado al menos en seis ocasiones, siendo principalmente interrogado sobre las ambiciones territoriales de Carlos el Temerario, así

³⁵ Op. cit. BRUGIERE DE BARANTE, AMABLE-GUILLAUME-PROSPER, vol. 9, pág. 406 también.

³⁶ Vid. CLAERR-STAMM: “Pierre de Hagenbach: Le Design Tragique d’un Chevalier Sundgauvien au Service de Charles le Temeraire, ed. Riedisheim, Societé d’Histoire du Sundgau, 2004, pág. 11.

³⁷ Vid. HEIMPEL, HERMANN: “Das Verfahren gegen Peter von Hagenbach zu Breisach 1474” en Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins, núm. 55, 1942, págs. 346 y 347.

como el contenido de la reunión entre el Duque de Borgoña y el Emperador Federico III en septiembre de 1473³⁸.

Pone también de relieve HERMANN HEIMPEL³⁹, que Hagenbach escapó del linchamiento público gracias a la decisión de un ciudadano llamado Friederich Kappelar, que convino en mantenerle arrestado, dada la condición del personaje, hasta recibir las instrucciones oportunas.

De excepcional importancia es, como apunta el historiador suizo EMMANUEL VON RODT, la decisión del Archiduque de someter a Hagenbach a un juicio público del que no iba a conocer un juez local, sino 28 jueces representantes de la “Liga de Constanza”, formando así un tribunal internacional *ad hoc*⁴⁰. La lista de jueces ha sido rescatada por GEORG SCHWARZENBERGER en el estudio citado, siendo la composición del tribunal la siguiente: 8 jueces procedentes de Breisach, y dos por cada una de las ciudades aliadas de Alsacia y Alta Renania, esto es, Estrasburgo, Sélestat, Colmar, Basilea, Thann, Kenzingen, Neoburgo del Rin, Freiburg, Solothurn y Berna. HERMANN HEIMPEL apuntó que “la forja de este tribunal muestra que la Liga de Constanza era más que una unión política en el sentido moderno del término; aquéllos integrantes se veían a sí mismos como una comunidad legal, como una unión medieval, y dichas entidades establecieron tribunales para casos especiales”⁴¹.

Los detalles del juicio han sido recopilados por el historiador francés GEORGES BISCHOFF, quien estima que el juicio habría empezado el 9 de mayo de 1474 a las 8 de la mañana delante de una gran muchedumbre reunida enfrente de la casa del alcalde de Breisach⁴². Thomas Schutz, magistrado de Ensisheim, fue nombrado presidente del tribunal⁴³. Hermann von Eptingen fue nombrado fiscal⁴⁴, quien a su vez designó a Heinrich Iselin –comisionado de Basilea– para presentar al tribunal el proceso. El otro representante de Basilea, Hans Irmy fue el encargado de representar a Hagenbach. De acuerdo con las crónicas, Iselin comenzó la acusación aludiendo a los siguientes puntos:

- La decapitación de los cuatro ciudadanos de Thann sin previo juicio.

³⁸ Op. cit. HEIMPEL, HERMANN, págs. 348 y 349.

³⁹ Op. cit. HEIMPEL, HERMANN, pág. 345.

⁴⁰ Vid. VON RODT, EMMANUEL: “Die Feldzüge Karls des Kühn, Herzogs von Burgund”, ed. Schaffhausen: Hurter, 1843, pág. 223.

⁴¹ Op. Cit. HEIMPEL, HERMANN, pág. 325.

⁴² Op. cit. CLAERR-STAMM, pág. 175.

⁴³ Op. cit. CLAERR-STAMM, también pág. 175.

⁴⁴ Op. cit. HEIMPEL, HERMANN, págs. 324 y 325.

- Comisión de perjurio en relación al juramento contraído de observar las leyes de Breisach, que violó al reestructurar ciertos aspectos del gobierno de la ciudad, desposeyendo a algunos cargos representativos de su poder.

- Obligar a ciudadanos a alojar soldados en sus casas, situación que derivó en numerosos abusos.

- Imposición de nuevos y numerosos impuestos sin razones justificadas.

- Planeamiento para exterminar a ciudadanos de Breisach.

- Agresiones sexuales a numerosas mujeres y niñas de la región.

Una vez descritos los cargos, el fiscal comunicó al tribunal que a los mismos debería seguir la pena de muerte⁴⁵.

La defensa comenzó con una impugnación acerca de la competencia del tribunal. En efecto Hans Irmay argumentó que “el tribunal no era competente para juzgar el caso porque sólo el Duque de Borgoña como superior podría juzgarle”⁴⁶. El tribunal rechazó la cuestión de competencia afirmando que dada la naturaleza de los crímenes que se le imputaban –afrentas en territorio ajeno-, era competente. El juicio continuó con el testimonio de seis testigos que escucharon la confesión⁴⁷ de Hagenbach sobre los crímenes imputados. Posteriormente Hagenbach solicitó que otros abogados completaran su defensa, cuestión a la que accedió el tribunal asignándole uno de los comisionados de Colmar y otro de Sélestat. La defensa continuó esgrimiendo los siguientes argumentos:

- En relación a la ejecución de ciudadanos de Thann, se dijo que dicha ejecución era el resultado de sofocar una rebelión contra el Gobierno de Borgoña, y que fueron ejecutados por orden del Duque de Borgoña, con consentimiento del Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico.

- Reconoció haber jurado respetar los derechos de los ciudadanos de Breisach, si bien los ciudadanos también habían jurado la lealtad al Duque de Borgoña, correspondencia que no se había mantenido.

- En lo concerniente al alojamiento de tropas en domicilios, no hacía sino cumplir las órdenes directas del Duque de Borgoña.

- En relación a la tentativa de exterminio, no opuso argumento alguno.

⁴⁵ Op. cit. CLAERR-STAMM, pág. 177.

⁴⁶ Op. cit. VON RODT, EMMANUEL, pág. 224.

⁴⁷ Op. cit. VON RODT, EMMANUEL, pág. 225.

- En cuanto a las agresiones sexuales, Hagenbach alegó que fue un delito cometido por ambas partes del conflicto, pero que él pagó para obtener el consentimiento⁴⁸.

Dicho esto, continuó argumentando la defensa que la conducta del acusado lo fue a instancias de la expedición del Duque de Borgoña, renovando en este punto los abogados de la defensa de que fuese el Carlos el Temerario quien conociese el asunto⁴⁹, en palabras de Hans Irmy:

“Peter von Hagenbach no reconoce ningún otro juez y señor que el Duque de Borgoña de quien ha recibido las órdenes. Por tanto no tiene el derecho de cuestionar las órdenes que le han sido encomendadas llevar a cabo, siendo su deber obedecerlas. ¿No es sabido que los soldados deben obediencia absoluta a sus superiores? ¿No ha confirmado el Duque con su presencia todo lo hecho en su nombre?”⁵⁰

Al parecer, el desarrollo de estos argumentos fue tan influyente que Heinrich Iselin hizo un amago de retirar los cargos⁵¹. La consecuencia fue que Hildebrand Rasp fue nombrado nuevo fiscal, reafirmandose en el papel de la acusación, en la que incluyó nuevos elementos delictivos confesados por Hagenbach, que la defensa tildó como resultado de la tortura.

El más importante fue la inclusión del delito de lesa majestad ya que al afirmar que Carlos el Temerario y el Emperador le habían encomendado llevar a cabo los hechos objeto del juicio –hechos manifiestamente contrarios a la ley y costumbres-, estaría cometiendo un delito contra el honor de ambos, con la consiguiente calumnia⁵² y afrenta a la autoridad. No era posible, concluyó Hildebrand Rasp, que tales gobernantes diesen esas órdenes.

El tribunal condenó a muerte a Hagenbach razonando que el reo, aún en el supuesto de estar cumpliendo órdenes, no las debería haber ejecutado por ser manifiestamente contrarias a la Ley de Dios y de los hombres.

⁴⁸ Op. cit. CLAERR-STAMM, págs.177 a 180.

⁴⁹ Op. cit. CLAERR-STAMM, pág. 180.

⁵⁰ Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, pág. 465.

⁵¹ Op. cit. SCHWARZENBERGER, GEORG, pág. 465 nuevamente.

⁵² Op. cit. CLAERR-STAMM, pág. 180.

VII. Sin detenernos en los pormenores de la ejecución de este juicio histórico, podemos hacer la siguiente valoración crítica:

1) El proceso de Breisach fue celebrado ante el primer tribunal penal internacional de la historia.

Si bien el primero en destacar este aspecto fue, como hemos visto, fue GEORG SCHWARZENBERGER, su posición se ha visto respaldada por numerosos juristas, entre los que destaca GREGORY S. GORDON⁵³. Hay que añadir no sólo la naturaleza de los Estados que componían el Sacro Imperio Romano Germánico –que desempeñaban unas funciones soberanas-, que hacen que el juicio tenga carácter internacional, sino también la particular posición de Suiza. Aunque Suiza no alcanza de manera definitiva la independencia del Sacro Imperio Romano Germánico hasta 1499 con la victoria sobre la Liga de Suabia y la Casa Habsburgo, se puede afirmar que en 1474 operaba ya como un Estado de facto. Quedan por tanto atrás los argumentos de HERMANN HEIMPEL de entender que el proceso de Breisach no fue internacional, por estar los veintiocho jueces bajo un mismo soberano.

GREGORY S. GORDON entiende que podría establecerse una analogía con la Unión Europea⁵⁴. En este supuesto, la resolución de un litigio en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacional, no implica que los miembros de su jurisdicción dejen de ser soberanos. Hay que recordar asimismo que la puesta en marcha del proceso fue idea del Archiduque de Austria y no del Emperador. Como hemos apuntado, el caso de Suiza es paradigmático.

2) Fue un verdadero proceso.

Hagenbach estuvo respaldado por una verdadera defensa cuyos argumentos, si no fuera por la constatación de los hechos delictivos, fueron efectivos hasta el punto de promover por el presidente del tribunal un cambio de fiscal; y no sólo razonando contra el testimonio prestado por Hagenbach como consecuencia de la tortura, sino impugnando también la competencia del tribunal.

⁵³ Op. cit. GORDON S., GREGORY, págs. 41 a 43.

⁵⁴ Op. cit. GORDON S., GREGORY, pág. 42.

3) Constituye el primer proceso documentado en que el cumplimiento de órdenes manifiestamente contrarias a la ley natural no opera como eximente de responsabilidad penal.

En efecto, el cumplimiento de órdenes manifiestamente contrarias a la dignidad humana no operó –ya en el siglo XV- como eximente de responsabilidad penal. Esta idea desarrollada primeramente en Breisach en 1474 es capital, y tendrá una influencia importante como veremos más adelante en los juicios de Núremberg. Por tanto, encontramos en el juicio de Breisach un argumento sólido de la doctrina iusnaturalista, con la consiguiente autonomía de la ley natural. Con el auge de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y la Escuela Histórica del Derecho –que considera las tradiciones históricas y el Derecho consuetudinario como fuentes del sistema jurídico-, esta doctrina parecía superada, cuestión que ha sido desmentida tras los regímenes totalitarios que provocaron la Segunda Guerra Mundial.

4) Constituye el protoproceso de crímenes contra la humanidad.

Es, en efecto, el primer proceso de crímenes contra la humanidad por enjuiciar un atentado contra la población civil en el marco de un ataque generalizado y con conocimiento de dicho ataque.

5) Desparece el derecho de *ius de non evocando*.

El proceso de Breisach de 1474 constituye una importante quiebra del antiguo derecho feudal de *ius de non evocando* aplicado durante la Edad Media, y consistente en que la Corte de la que se era súbdito era la que ostentaba la prerrogativa de conocimiento de las causas, y, a la postre, la que ofrecía protección.

6) Constata la voluntad de creación de un tribunal supranacional para el conocimiento de crímenes contra la humanidad.

Aunque estos esfuerzos se vieron frenados con la Paz de Westfalia de 1648, una vez se vació de contenido el derecho de *ius de non evocando*, el camino en Europa para la proliferación de este tipo de tribunales -en un continente con una conflictividad permanente-, se encontraba expedito.

2.- La propuesta de Gustave Moynier de 1872

I. Con los tratados de paz de Osnabrück y Münster de 15 de mayo y 24 de octubre de 1648 respectivamente, más conocidos como Paz de Westfalia, se inician una serie de cambios en el marco del Derecho Internacional que supusieron grandes obstáculos para el surgimiento de un tribunal penal internacional, más aun de carácter permanente⁵⁵.

El ideal de *Universitas Christiana* propugnado por Carlos V, en el que pretendía la unidad religiosa en Europa y la defensa del cristianismo frente a las amenazas protestantes y turcas, fue cediendo ante la exaltación de la razón de Estado como justificación de la actuación internacional. Esta idea, cristalizada en la Paz de Westfalia⁵⁶, implicaba entre otras cuestiones que el Estado sustituía a otras instituciones internacionales y transnacionales como máxima autoridad en las relaciones internacionales, es decir, el Estado dejaba de estar sujeto a normas morales externas a él.

Es el auge del principio de soberanía territorial, del principio de no injerencia en asuntos internos y de la igualdad de trato entre Estados con independencia de su tamaño. Sirva como ejemplo el art. 65 del Tratado de Osnabrück en el que, en relación a los derechos de los miembros de la dieta imperial estableció lo siguiente:

(...) “que deberán ejercer sin limitaciones el derecho al sufragio en todas las deliberaciones concernientes a los asuntos del Imperio, pero sobre todo, cuando estas cuestiones correspondan a la elaboración o interpretación de leyes, las declaraciones de guerra, las levas de acuartelamiento de soldados, la construcción de fortificaciones en los territorios de los Estados, o el reforzamiento de viejas guarniciones; e incluso cuando una alianza de paz esté por concluirse o se esté negociando o cuestiones similares, ninguna de ellas podrá llevarse adelante en el futuro, sin el sufragio y la aprobación de la Asamblea Libre de los Estados del Imperio.

Sobre todo será facultad libre y perpetua de cada Estado del Imperio el armar alianzas con extraños para su preservación y seguridad” (...).

⁵⁵ Vid. DARBY, GRAHAM: “The Thity Year’s War”, ed. CreateSpac, London, 1997.

⁵⁶ Vid. ASCH G., RONALD: “The Thirty Year’s War: The Holy Roman Empire and Europe, 1618-1648, ed. St. Martin Press, New York, 1997.

II. Con el auge e implantación de tales ideas no debe extrañarnos que haya que dar un salto histórico de doscientos veinticuatro años, concretamente hasta el 3 de enero de 1872, momento en el que el jurista suizo GUSTAVE MOYNIER formuló su propuesta de creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente. Con el antecedente del juicio de Breisach de 1474, y hasta la propuesta de GUSTAVE MOYNIER de 1872, toda intención de juzgar las infracciones contra el derecho humanitario pivotaba sobre la idea de constituir un tribunal *ad hoc*, constituido por una de las partes beligerantes, generalmente el vencedor.

GUSTAVE MOYNIER procedía de una conocida familia ginebrina⁵⁷ dedicada a la banca y al comercio. Estudió Derecho en París, doctorándose en 1850. De profundas raíces calvinistas, siempre estuvo interesado en actividades sociales. Habiendo recibido en 1862 por parte de HENRY DUNANT una copia de su libro “Recuerdos de Solferino”⁵⁸, mostró gran interés en sus ideas y en la creación de lo que hoy conocemos como Comité Internacional de la Cruz Roja, del que fue presidente muchos años.

III. Como pone de relieve CHRISTOPHER KEITH HALL⁵⁹, puede observarse una evolución en el parecer de GUSTAVE MOYNIER. El jurista y filántropo suizo inicialmente no era partidario de la constitución de un tribunal penal internacional permanente, pues pensaba que la opinión pública sería suficiente al respecto. Concretamente, en relación a las sanciones mediante la crítica pública afirmó que:

“(...) ya que esta opinión es, en última instancia, el mejor guardián de los límites que por ella misma se imponen. El Convenio de Ginebra, en particular, está ahí gracias a la influencia de la opinión pública y podemos confiarle la aplicación de lo en él estipulado. (...) La perspectiva, para los interesados, de verse procesados ante el tribunal de la conciencia pública por incumplimiento de sus obligaciones y de ser

⁵⁷ Vid. www.redcross.int/en/history, consultada el 20 de diciembre de 2015; Red Cross and Red Crescent Movement History- Gustave Moynier.

⁵⁸ La batalla de Solferino tuvo lugar el 24 de junio de 1859. Enfrentó al Imperio austríaco contra el Segundo Imperio francés y el Reino de Piamonte. Henry Dunant, cofundador del Comité Internacional de la Cruz Roja, se encontraba de viajando a Argelia para atender unos negocios cuando pasó por el campo de batalla justo después de finalizar la misma. El hecho de ver a 40.000 soldados de ambos bandos fallecidos o heridos desperdigados por el suelo sin ningún tipo de atención le causó una profunda impresión. Este hecho le llevó a escribir los “Recuerdos de Solferino”, y fue sin duda un desencadenante esencial para la fundación del Comité.

⁵⁹ Vid. KEITH HALL, CHRISTOPHER: “La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente”. Artículo de fecha 31 de marzo de 1998, publicado en la Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 145, págs. 63 a 83.

proscritos de las naciones civilizadas es un freno suficientemente poderoso por el que consideramos que ningún otro lo podría igualar”⁶⁰.

Sin duda el rigorismo calvinista y su influencia en el comportamiento ciudadano de la normativa habría influido en tal postura. Abrigaba también la esperanza de que los Estados partes en el Convenio de Ginebra promulgaran leyes por las que se impusieran graves penas a los infractores⁶¹. Asimismo pone de relieve ANDRÉ DURAND que el jurista ginebrino no era ajeno al hecho de que “las guerras no estaban siendo menos frecuentes y mortíferas, a pesar de que no había duda de que el Derecho Internacional Humanitario contribuía a ayudar a las víctimas del conflicto, así como atenuar los efectos de la violencia y prevenir la escalada de represalias; por otra parte, como resultado de la constante producción armamentística, el progreso relativo al armamento y la movilización de amplios sectores de la sociedad para la realización del servicio militar, hacían que el daño y la destrucción causada por la guerra se desarrollase de manera más veloz que la leyes diseñadas para contenerla”⁶².

IV. Sin embargo, un relevante suceso histórico hizo que GUSTAVE MOYNIER cambiase radicalmente de opinión a pesar de la percepción anterior, a saber, la guerra franco prusiana. Este conflicto, cuyo detonante fue el famoso telegrama de Ems, tuvo lugar entre el 19 de julio de 1870 y el 10 de mayo de 1871. Supuso consecuentemente un marco óptimo para la aplicación del Primer Convenio de Ginebra⁶³ “Para aliviar la suerte de la condición de los heridos en campaña”, y fue adoptado por primera vez el 22 de agosto de 1864 por doce países (entre los que se encontraban los beligerantes de la citada guerra, pero también el Reino de España)⁶⁴, adhiriéndose en diciembre del mismo año Noruega y Suecia. Durante el conflicto, la prensa y la opinión pública de ambos bandos fueron elementos conductores de atrocidades, más que un tribunal de conciencia pública, viéndose MOYNIER obligado a afirmar que:

⁶⁰ Vid. “Estudio sobre el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña”, París 1870, pág. 300.

⁶¹ Op. cit. KEITH HALL, CHRISTOPHER, pág. 64.

⁶² Vid. DURAND, ANDRÉ: “Gustave Moynier and the peace societies”, artículo de fecha 31 de octubre de 1996 publicado en *International Review of the Red Cross*, núm. 314.

⁶³ Este Convenio fue actualizado de manera significativa en 1906, 1929 y 1949.

⁶⁴ El Convenio sienta las bases de las normas de Derecho Internacional para la protección de las víctimas en conflictos armados. Vid. a este respecto PICTET S. JEAN: “The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims”, *The American Journal of International Law*, vol. 45 núm. 3, 1951, págs. 462-475.

(...) *“una sanción puramente moral es insuficiente para contener las pasiones desatadas”*⁶⁵.

V. Observando además que los contendientes (Segundo Imperio francés y la Confederación Alemana del Norte y aliados) se acusaban mutuamente de infringir el Convenio, motivo por el cual tampoco se castigó a los responsables, MOYNIER presentó su propuesta de creación de un tribunal internacional –mediante la adopción de un tratado-, en la reunión del Comité Internacional de la Cruz Roja el 3 de enero de 1872⁶⁶. La propuesta constaba de diez artículos, que pasamos a comentar a continuación agrupándolos en tres bloques.

El artículo 1 establecía que:

“Para garantizar la aplicación del Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864 y de sus artículos adicionales, se constituirá, en caso de guerra entre dos o más de las Potencias contratantes, un tribunal internacional al que se podrán someter las demandas por infracciones contra dicho Convenio”.

A su vez el artículo 2 disponía que:

“Este tribunal estará así integrado:

Tan pronto como se declare la guerra, el Presidente de la Confederación Suiza designará, por sorteo, a tres de las potencias signatarias del Convenio, exceptuados los beligerantes.

Los Gobiernos de estas tres Potencias, así como los de los Estados beligerantes, serán invitados a nombrar cada uno de ellos a un árbitro, y los cinco árbitros se reunirán, lo antes posible, en el lugar que provisionalmente señale el presidente de la Confederación Suiza.

Si la contienda se entablara entre más de dos Estados soberanos, aquellos que hagan causa común se pondrán de acuerdo para elegir un árbitro común.

⁶⁵ Op. cit. MOYNIER, GUSTAVE, págs. 301 y 302.

⁶⁶ Vid. MOYNIER, GUSTAVE: “Notas para la creación de una institución jurídica internacional para prevenir y reprimir las infracciones de la Convención de Ginebra”, en Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés, Comité Internacional, núm. 11, abril de 1872, pág. 122.

Si en el transcurso de la guerra, uno de los Estados neutrales que haya designado árbitro tomara parte en la contienda, se realizará un nuevo sorteo para sustituir al mencionado árbitro”.

Lo más destacable de estos dos primeros artículos es el modelo de tribunal arbitral propuesto por MOYNIER. Sin duda estaría en mente de MOYNIER el tribunal arbitral constituido en Ginebra el año anterior mediante el Tratado de Washington de 1871, para canalizar las reclamaciones de Estados Unidos frente a Gran Bretaña. La principal reclamación versaba sobre los daños infligidos por el buque de guerra confederado CSS *Alabama* a la flota mercante de la Unión. Este buque de guerra, al igual que otros, fue construido en secreto en los astilleros de Liverpool y constituía una injerencia por parte de Gran Bretaña en los asuntos externos de otra nación, en este caso, la guerra civil americana (1861-1865). El tribunal arbitral⁶⁷ dictaría su laudo el 14 de septiembre de 1872, determinando que Gran Bretaña pagase a los Estados Unidos la suma de quince millones y medio de dólares. Este arbitraje supuso un importante precedente internacional de arreglo de disputas de manera amistosa, creando grandes esperanzas en la Comunidad Internacional en lo que al arreglo pacífico de controversias se refiere. Es por ello que, aunque este modelo resultaba familiar a los gobiernos, no parecía apto para el ámbito penal, ya que suponía prescindir de las figuras básicas de todo procedimiento penal (el juez, fiscal, secretario y personal permanente).

No obstante, con pocos ejemplos podía contar MOYNIER. Como pone de relieve CHRISTOPHER KEITH HALL⁶⁸, “sería injusto criticar a Moynier por adoptar uno de los escasos modelos disponibles. Los redactores de los actuales estatutos para la institución de un tribunal penal internacional permanente pueden contar con los ejemplos de cuatro tribunales penales internacionales ad hoc, más de una docena de tribunales internacionales de otra índole y docenas de propuestas de institución de un tribunal penal internacional permanente a lo largo de más de un siglo, así como una organización internacional en la que ubicar la nueva institución”.

Existía también la Comisión Central para la Navegación del Rin, creada por el Congreso de Viena de 1815 para la libre navegación del Rin, y que constituye en la

⁶⁷ El tribunal estaba compuesto por cinco árbitros, de acuerdo con lo estipulado en el Tratado de Washington de 1871: el jurista y político escocés Sir Alexander Cockburn, el diplomático norteamericano Charles Francis Adams, el estadista y jurista italiano Federico Sclopis, el político suizo Jakob Stämpfli y por el jurista brasileño Marco Antonio de Araujo.

⁶⁸ Op. cit. KEITH HALL, CHRISTOPHER, pág. 64.

actualidad la organización de cooperación internacional más antigua del mundo; concretamente, está regulada por la Convención para la navegación del río Rin de 1868, pero no se erige tampoco en un modelo apto por las causas citadas para construir un tribunal penal de índole internacional, sino más bien reclamaciones económicas puntuales.

Por otra parte hay que analizar el sentido de permanencia de la propuesta. Es permanente porque se activaría de manera automática en tiempo de guerra (art.1 párrafo 2º), es decir, no como sede permanente sino como institución con mecanismos de acción.

Para garantizar la objetividad, Estados signatarios neutrales en el eventual conflicto integraría el tribunal (art. 1 párrafo 2º). Si bien la localidad provisional para comenzar sería designada por el presidente de la Confederación Suiza (art. 2 párrafo 2º), en el artículo siguiente se especifica que son los distintos árbitros los que deberían elegir la ubicación (art. 3 párrafo 1º), facilitando de esta manera la labor de testigos y acusados.

El artículo 3 estipulaba que:

“Los árbitros elegirán por sí mismos el lugar de la sede definitiva del tribunal.

Los detalles de organización del tribunal y el procedimiento que ha de seguirse se dejan a su consideración. También determinarán ellos mismos la fecha en que haya de cesar la actuación del tribunal”.

El artículo 4 convenía lo siguiente:

“El tribunal sólo se ocupará de aquellas infracciones por las que los Gobiernos concernidos le hayan presentado la demanda.

Éstos habrán de someterle todos los asuntos a los que deseen dar curso y en los que se encuentren implicados extranjeros.

El tribunal incoará una investigación contradictoria de los hechos incriminados, que se llevará a cabo con la cooperación de todos los Estados signatarios del Convenio y especialmente de los beligerantes”.

El artículo 5 disponía que:

“El tribunal formulará su opinión, para cada caso particular, mediante un veredicto de culpabilidad o inocencia.

Si se declara la culpabilidad, impondrá una sanción, de conformidad con la ley penal internacional que será objeto de un tratado complementario del presente Convenio”.

En relación a los tres siguientes artículos, hay que destacar que el primer párrafo del art. 3 deja vía expedita a los árbitros en relación a la organización y procedimiento del tribunal. Esa indeterminación en el procedimiento podría erigirse en una fuente de problemas, por no existir un esquema procesal con reglas fijas, ya que si bien los Estados parte del Convenio de Ginebra bebían de las fuentes del sistema continental, cada uno tenía sus propias vicisitudes. Por eso MOYNIER intuyó que, en todo caso, debía celebrarse una vista contradictoria, con la consiguiente pugna entre posiciones jurídicas enfrentadas que no dejaran al tribunal arbitral ocupar posición en el litigio.

A su vez, el procedimiento debía finalizar con un pronunciamiento sobre los hechos mediante sentencia condenatoria o absolutoria, según se destaca en el párrafo 1º del art. 5. Ello implica que en el proceso ha de demostrarse la culpabilidad del acusado, por lo que la carga de la prueba recaería en el Estado demandante.

Sobre el inicio del procedimiento, sólo se admitirían las denuncias presentadas por los Gobiernos interesados (párrafo 1º del art. 4). Ello por dos motivos: el primero, según CHRISTOPHER KEITH HALL⁶⁹, para evitar que el tribunal “se viera desbordado por demandas frívolas”; y el segundo –constituyendo un motivo importante-, es que, fuera del Estado y algún otro ente de Derecho Internacional Público, no existían para la doctrina otros sujetos de Derecho Internacional. Un ejemplo de esta última afirmación, propia del momento histórico, puede encontrarse en el jurista alemán FRANZ VON LISZT, quien afirmó que “los Estados son los únicos sujetos de Derecho internacional, capaces de derechos y obligaciones internacionales. En el Estado patrimonial, que no separaba el *dominium* y el *imperium*, es decir, la propiedad y la soberanía, únicamente el soberano podía ser sujeto de las relaciones internacionales en el trato y la comunicación de los Estados. El Derecho internacional y el Derecho político modernos se basan en el principio de la soberanía del Estado. No debe extrañarnos, pues, que hasta muy entrado el siglo XX, en el lenguaje conservador de los documentos internacionales se mencione el soberano en lugar del Estado. El Derecho internacional reconoce derechos e impone

⁶⁹ Op. cit. KEITH HALL, CHRISTOPHER, pág. 66.

deberes únicamente a los Estados, no a los ciudadanos de un Estado. El poder del Estado nacional se interpone entre los ciudadanos y la comunidad internacional”⁷⁰.

Esta teoría fue evolucionando precisamente con la asunción de responsabilidades desde el punto de vista del Derecho Internacional por parte del individuo con ocasión de las guerras, propiciando por tanto un mayor protagonismo de éste en esta disciplina, como pone de relieve, entre otros ALFRED VERDROSS⁷¹. En relación a la eventual proliferación de demandas, MOYNIER dejó escrito que “las reclamaciones se multiplicarían hasta el infinito y los árbitros podrían acabar convirtiéndose en juguetes de la ligereza o de la ignorancia de esas personas que, no teniendo nada que perder, no dudarían en promover investigaciones”.⁷²

Llegados a este punto cabe preguntarse si habría podido darse el caso de que los Estados se abstuviesen de iniciar el procedimiento por consentimiento mutuo –por haber cometido todas las partes implicadas infracciones-, fomentando otro tipo de medidas que serían un fraude respecto al Convenio, así como un claro perjuicio a las víctimas.

No obstante, de la lectura del párrafo segundo del art. 4 se desprende que hay un supuesto en el que, en todo caso, debe someterse el asunto al colegio arbitral: la implicación de un extranjero, marcando así un criterio fijo en relación a la responsabilidad internacional.

En lo tocante al art. 5 interesa destacar, de un lado, que la responsabilidad es individual, evitándose así la responsabilidad colectiva; y de otro, la propuesta de completar el Convenio en un tratado dedicado a definir qué constituía infracción y cuáles eran los correspondientes castigos.

En este sentido era de aplicación en los Estados Unidos el reciente Código Lieber, que recogía muchas normas de derecho consuetudinario, y que de alguna manera podría haber inspirado este proyecto de definir las conductas penales y concretar las

⁷⁰ Vid. VON LISZT, FRANZ: “Derecho Internacional Público”, ed. Gustavo Gili, Barcelona (1929), pág. 82.

⁷¹ Vid. VERDROSS, ALFRED: “Derecho Internacional Público”, ed. Aguilar, Madrid (1957), pág. 114, donde afirma que: “Sólo estaremos ante un deber jurídico-internacional de un individuo cuando el propio Derecho Internacional asocie a un supuesto de hecho (*Tatbestand*) una sanción contra un individuo, de tal manera que estas normas puedan aplicarse directamente a un supuesto de hecho provocado por un individuo. Sólo así los individuos, que normalmente están sometidos únicamente al derecho civil y penal estatal, lo estarían de manera directa, por excepción, al Derecho Internacional”.

⁷² Vid. MOYNIER, GUSTAVE: “Estudio sobre el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña”, París 1870, pág. 126.

correspondientes penas. El Código Lieber de 1863 fueron unas instrucciones promulgadas por Abraham Lincoln para las fuerzas de la Unión durante la guerra civil norteamericana (1861-1865). También se denominaron “Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla”. El Código debe su nombre al jurista y filósofo estadounidense de origen alemán Francis Lieber, gozando sus normas de una gran aceptación. Lieber luchó contra Napoleón en el ejército prusiano, siendo herido en la batalla de Waterloo. Una vez establecido en Estados Unidos fue profesor de historia y ciencia política en el centro de estudios que hoy conocemos como Universidad de Columbia. Lo interesante es que, en el marco de la guerra de Secesión -donde Lieber tenía dos hijos luchando a favor de la Unión y otro participando en el bando de los confederados-, surgieron numerosos dilemas de orden jurídico y ético en relación al trato que debía dispensarse a los desertores, espías, esclavos y prisioneros de guerra, entre otros. El Código estaba integrado por 157 instrucciones que regulaban, entre otras cuestiones, la competencia de la jurisdicción militar, el respeto a la propiedad privada del enemigo, y la protección de determinadas personas hasta el trato con prisioneros.

Este Código constituye asimismo el origen de las “Reglas de Enfrentamiento”⁷³, que tanta importancia están adquiriendo tanto en el *ius in bello* o en los conflictos armados de cualquier entidad, y tuvo una gran influencia en las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907.

También inspiró el proceso de Andersonville celebrado contra Henry Wirz⁷⁴, que comenzó el 23 de agosto de 1865 y finalizó el 18 de octubre de 1865. Wirz fue acusado de “causar daños a la salud y acabar con la vida de soldados al servicio de los Estados Unidos”. Al parecer cometió 13 asesinatos y, debido a las condiciones a las que sometió a los prisioneros de guerra de Andersonville, 13.000 más murieron.

Continúa el proyecto estableciendo en artículo 6 que:

“El tribunal notificará sus sentencias a los Gobiernos concernidos y éstos habrán de infligir los culpables los castigos que contra ellos se hayan dictado”.

⁷³ Son más conocidas como ROE's, siglas en inglés de Rules of Engagement.

⁷⁴ Henry Wirz fue un inmigrante suizo que tras establecerse en los Estados Unidos pasó a engrosar voluntariamente las filas del ejército Confederado alcanzando el empleo de Capitán. Fue ahorcado el 10 de noviembre de 1865 por crímenes de guerra en el lugar en el que está ubicado en la actualidad el Tribunal Supremo. Concretamente fue el oficial al mando de Camp Sumpter, más conocido como prisión de Andersonville.

El artículo 7 se expresa en los siguientes términos:

“Cuando la demanda vaya acompañada de una solicitud por daños y perjuicios, el tribunal estará facultado para pronunciarse sobre esta pretensión y para fijar el importe de la indemnización”.

El artículo 8 establecía que:

“El tribunal comunicará sus sentencias a todos los Gobiernos signatarios del Convenio, que estos traducirán, si es necesario, al idioma de su país y publicarán, en el más breve plazo posible, en su órgano oficial.

De igual modo se procederá por lo que atañe a aquellos avisos que, a juicio de los árbitros, hayan de tener publicidad, en interés de sus actividades y especialmente con respecto a la aplicación de la sanción y al pago de los daños e intereses”.

El artículo 9 estipulaba que:

“Los gastos del tribunal, incluidos la remuneración de los árbitros y sus emolumentos por desplazamiento, serán sufragados a partes iguales por los Estados beligerantes, que habrán de proveer, en función de las necesidades que vayan surgiendo, los fondos necesarios”.

El artículo 10, finalmente, indicaba que:

“Los archivos del tribunal se unirán, en Berna, a los de la Confederación Suiza”.

En relación a estos artículos puede destacarse la responsabilidad que descansa en los Gobiernos de ejecutar la sentencia (art. 6), así como la posibilidad de indemnizar a las víctimas, pero solo si el Gobierno demandante solicitaba tal indemnización (párrafo 1º del art. 7), posibilidad que refleja que el Estado es el sujeto de Derecho Internacional por excelencia, en la época en la que se enmarca la propuesta. En consecuencia, el pago por los daños y perjuicios ocasionados es responsabilidad del Gobierno del transgresor (art. 7 párrafo 2º). Para MOYNIER, lo natural es que sea el Estado quien se haga cargo de la indemnización, llegando a afirmar que:

“Ya que tan sólo un agente de la autoridad puede violar el Convenio. Podemos decir, por lo tanto, que los Gobiernos son los causantes de todos los males de la guerra y que han de sufrir sus consecuencias. No sería equitativo que los individuos

perjudicados fueran víctimas de la insolvencia personal de los culpables inmediatos. Y, al fin y al cabo, no estaría mal que los Gobiernos tuviesen un interés directo y pecuniario en que sus nacionales aplicaran fielmente lo estipulado en el Convenio”⁷⁵.

La obligación prescrita en el art. 8 del proyecto de comunicar, traducir y publicar las sentencias en el boletín oficial persigue un doble efecto: de un lado, comunicar los criterios que seguiría el tribunal en relación a las infracciones, creando jurisprudencia en el plano internacional; y, de otro, avisar a los distintos Gobiernos sobre cuáles eran las consecuencia de las infracciones del Convenio.

Los gastos no son sufragados por todos los Estados, sino que son los Estados beligerantes los que tienen esa obligación (art. 9 párrafo 1º), idea que es una clara herencia del funcionamiento arbitral, ya que sólo las partes sometidas al árbitro sufragaban los costes del proceso. En este aspecto CHRISTOPHER KEITH HALL indicó “que tal planteamiento podría haber dado lugar a graves problemas, particularmente en conflictos en los que hubiera grandes cantidades de infracciones que exigieran amplias investigaciones, ya que los juzgadores y el personal no podrían hacer planes en relación con su empleo temporal con ninguna certeza de ser pagadas o de que se sufragaran los necesarios gastos de tribunal sin dilación”⁷⁶. La custodia de los archivos del tribunal en Berna, junto con los de la Confederación Suiza (art.10), vendría a ser una garantía de conservación, dado su estatus neutral permanente reconocido por su Constitución y la comunidad internacional, ya desde el Tratado de París de 1815.

A la vista de esta original propuesta de MOYNIER podemos hacer la siguiente valoración crítica:

1) El desarrollo de Estado-Nación como contexto histórico en la propuesta de MOYNIER.

La deriva que impuso el Estado-Nación y el impulso de las guerras napoleónicas que implicaron movilizaciones generales, levas en masa, profundas reformas en los ejércitos y el desarrollo de la guerra total, entre otras cuestiones, provocaron un significativo aumento de la mortandad como consecuencia de los conflictos.

⁷⁵ Vid. MOYNIER, GUSTAVE: “Estudio sobre el Convenio de Ginebra para el amejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña”, París 1870, pág. 127.

⁷⁶ Op. cit. KEITH HALL, CHRISTOPHER, pág. 72.

A estos hechos hay que añadir los inicios de la corriente pacifista que surgieron precisamente en Ginebra en el siglo XIX. Concretamente fue fundada en 1830 la primera sociedad pacifista por Jean-Jaques de Sellon, que tuvo como principios de su actuación la inviolabilidad del individuo, que le llevó a iniciar una campaña contra la abolición de la esclavitud y la pena de muerte. El primer congreso celebrado con ocasión de las revoluciones en Europa de 1848 -que terminaron con el predominio del absolutismo impuesto por el Congreso de Viena de 1815- fue celebrada en Bruselas en febrero del mismo 1848. Estuvo presidida por Auguste Visschers, abogado y filántropo que estuvo al lado de MOYNIER en la Conferencia de Ginebra de 1864. Es difícil precisar el influjo que esta corriente produjo en MOYNIER pues, lejos de ser en ocasiones respaldo del incipiente Derecho Internacional Humanitario, algunos de sus integrantes acusaron a MOYNIER y a la actividad del Comité Internacional que presidió de ser un instrumento legitimador de la guerra, debido a su pacifismo a ultranza. También se llegó a acusar al Comité Internacional de promocionar la guerra mediante la atenuación de sus efectos, como pone de relieve ANDRÉ DURAND⁷⁷.

En consecuencia, la aparición de la propuesta de MOYNIER constituye sin duda una respuesta frente a la gestación de un belicismo de consecuencias más devastadoras, con unas propuestas que, si bien muchas eran irrealizables como hemos visto, son una respuesta pragmática frente a la corriente pacifista señalada.

2) Surge la idea de jurisdicción exclusiva.

La idea de creación de un foro específico *ratione materiae* –Convenio de Ginebra y los delitos que vendrían recogidos en un tratado a parte según la idea de MOYNIER-, sugiere que estamos ante una propuesta que sería precursora en materia de cooperación internacional en el ámbito judicial. La eficacia y resonancia que han tenido y tienen los tribunales *ad hoc*, no sólo actúa como freno para evitar futuros delitos en el plano internacional, sino que también ha permitido castigar delitos contra lo que hoy constituye el Derecho Internacional Humanitario que, en un plano estrictamente nacional, no habrían sido castigados, o cuyo fallo hubiese estado contaminado por un eventual revanchismo por parte de la facción vencedora. En este sentido no hemos encontrado ejemplos históricos que muestren procesos con las debidas garantías por

⁷⁷ Op. cit. DURAND, ANDRÉ: pág. 9

infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario desde una perspectiva nacional. Aunque hoy en día los delitos contra la comunidad internacional están presentes en numerosos códigos penales, el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario no se entiende si no es a la luz de unos bienes jurídicos compartidos, así como un foro internacional que se dedique de manera exclusiva al conocimiento de este tipo de delitos, y eso que las guerras ya no son concebidas como una mera colisión de intereses entre naciones.

3) Constituye un intento de materializar la responsabilidad internacional en lo que a extranjeros concierne.

Comienza a resquebrajarse la impunidad que tenía el Estado cuando se cometía una infracción en su propio territorio en relación a un extranjero, ya que no existían cauces para examinar y determinar, en su caso, esas responsabilidades. En este sentido, la propuesta de MOYNIER -como destaca TONI PFANNER- constituye un hito, ya que “es importante poner en marcha mecanismos de rendición de cuentas para asegurar que no se dan amnistías generales en relación a responsabilidades por violaciones. También comprende una serie de medidas que han de tomarse para prevenir y poner fin a las violaciones. Si este asunto ha de tomarse en serio, la ley no sólo debe existir, sino que también ha de ser impuesta. De ahí la necesidad crucial de establecer un tribunal penal internacional para cambiar el patrón de inmunidad”⁷⁸.

⁷⁸ Vid. PFANNER, TONI: “The establishment of a permanent international criminal court”, artículo publicado en International Review of the Red Cross, núm. 322, marzo de 1998, pág. 2 del artículo.

3.- Los juicios de Núremberg

I. Los crímenes de diverso tipo cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y su enjuiciamiento –al menos de la mayoría de ellos- en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMN), y los procesos penales que a raíz de éste se celebraron, van a tener una influencia capital en la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente.

Los Juicios de Núremberg han motivado copiosa jurisprudencia relativa a delitos que son hoy competencia de la CPI. Adentrándonos en la materia, ha de señalarse que, bajo la acepción de los Juicios de Núremberg, se integra un proceso principal -tutelado por un tribunal penal internacional- seguido contra las mayores figuras del Estado alemán del momento (incluyendo los principales dirigentes nazis supervivientes), así como otros doce procesos penales posteriores dirigidos por un tribunal militar de los Estados Unidos, a saber: el llamado juicio de los doctores, el juicio contra Erhard Milch, el denominado Juicio de los jueces, el Juicio Pohl contra la oficina administrativa de los campos de concentración, el Juicio contra el industrial Friederich Flick, el Juicio contra los responsables de la empresa química IG Farben, el Juicio de los rehenes, el Juicio RuSHA contra los promotores del Programa Lebensborn, el Juicio contra los Einsatzgruppen, el Juicio contra los dirigentes del grupo industrial Krupp, el Juicio contra los ministros, y en duodécimo y último lugar, el Juicio contra el Alto Mando Alemán.

La celebración de estos procesos ha suscitado igualmente una interesante polémica desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, pues mientras los positivistas han sostenido que estos Juicios no se han basado en la legalidad internacional vigente en aquel momento, los defensores del Derecho natural han entendido que, por el contrario, han constituido la herramienta jurídica necesaria que la civilización ha precisado para protegerse de sí misma frente a la comisión a gran escala de una serie de crímenes que no tenía precedentes, al menos a ese nivel de ofensa jurídica en relación al número de ofendidos. Un mínimo sentido de la justicia y de preocupación por prevenir tales crímenes nos empuja a adscribirnos a la corriente iusnaturalista.

II. El Juicio principal, que será en el que nos centremos -pues de alguna manera condensa los principios esenciales que han sido transmitidos con posterioridad a la CPI-, comenzó sus sesiones preliminares en Berlín el 18 de octubre de 1945, trasladándose a Núremberg el 14 de noviembre de ese mismo año.

El desarrollo central del procedimiento duró nueve meses -declaraciones, alegaciones de la acusación y de la defensa-, es decir, hasta el 31 de agosto de 1946, ejecutándose las sentencias el 16 de octubre de 1946, previas deliberaciones los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946. Los otros doce juicios ya indicados, tuvieron lugar entre diciembre de 1946 y abril de 1949, bajo la supervisión exclusiva de los Estados Unidos.

Este Juicio principal constó de 403 sesiones públicas⁷⁹, la declaración testifical de 166 personas y la aportación de decenas de miles de documentos. Por la composición del Tribunal, cuestión sobre la que volveremos más adelante, el juicio fue traducido simultáneamente a cuatro idiomas. Todo el proceso ha quedado recogido en 42 volúmenes de fácil acceso⁸⁰.

Por otra parte, la razón de elegir Núremberg -decisión que fue tomada a finales de junio de 1945- estriba en un doble motivo: de un lado, enjuiciar los crímenes en una ciudad que tuvo especial relación -con el régimen nazi, siendo la urbe que acogía anualmente las concentraciones del partido; y, de otro, ubicar la sede en el sector estadounidense, pues era el deseo del Reino Unido y los Estados Unidos- que el proceso no se celebrase en el sector soviético. También se han alegado motivos prácticos, aunque de menor importancia, como, por ejemplo, el hecho de que el Palacio de Justicia de Núremberg era de los pocos que reunía condiciones para albergar un proceso de tales características al final de la Segunda Guerra Mundial.

III. Antes de entrar en la naturaleza de las acusaciones y las reglas procesales convenidas entre los Aliados, se estima conveniente describir el proceso de formación del Tribunal, y cómo fueron esquivándose los distintos obstáculos de índole político y judicial.

⁷⁹ Vid. R. MARRUS, MICHAEL: "The Nuremberg Trial 1945-1946: A Documentary History", Boston, 1997, págs. 20-22.

⁸⁰ Para acceder a los documentos más importantes se ha utilizado la base de datos de AVALON PROJECT, Yale University, disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imtproc_v1menu.asp

Podemos tomar como punto de partida el 14 de octubre de 1942, fecha en la cual Viacheslav Molotov propuso la celebración de unos juicios al finalizar el conflicto. El historiador ROBERT GELLATELY, a propósito de esta idea, expresó lo siguiente: “Al parecer fue el Ministro de Asuntos Exteriores soviético, Viacheslav Molotov, quien, el 14 de octubre de 1942, sugirió la idea de los juicios. Ese día, Molotov se dirigió por carta a varios gobiernos de Europa oriental en el exilio, que residían en Londres, para comentarles que Moscú se inclinaba por juzgar a los mandatarios más eminentes del “criminal Gobierno hitleriano” ante un tribunal internacional especial. Evidentemente, el Gobierno de Moscú estaba molesto con el hecho de que Gran Bretaña no quisiera juzgar a Rudolf Hess, el lugarteniente de Hitler que había aterrizado en Escocia en mayo de 1941, y temía que sus aliados pudieran cerrar algún tipo de trato con Alemania. Por su parte, los Aliados occidentales dedicaban poco tiempo a pensar en un lejano proceso judicial postbélico y continuaban inclinándose por algún tipo de ejecución sumaria. Ganar la guerra era su prioridad inmediata”⁸¹.

La primera aproximación relativa al proceder de los Aliados en común quedó de alguna manera recogida en la “Declaración de Moscú” de 1 de noviembre de 1943, que siguió a la Conferencia de Moscú de 1943. Esta Declaración de Moscú, firmada por los Estados Unidos, el Reino Unido, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y China, consta de siete puntos, en los que expresaba, entre otras cuestiones, la voluntad de actuar en común en todos los asuntos relacionados con la rendición y desarme del enemigo⁸²; la necesidad de establecer una organización internacional basada en los principios de igualdad y soberanía y paz de los Estados⁸³; y también, entre otras cuestiones destacables, la voluntad de establecer un nuevo sistema de paz y seguridad internacional⁸⁴.

⁸¹ Vid. GELLATELY, ROBERT y GOLDENSOHN, LEON: “Las entrevistas de Núremberg”, ed. Taurus, pág. 10.

⁸² Concretamente el punto segundo afirma lo siguiente: “*That those of them at war with a common enemy will act together in all matters relating to the surrender and disarmament of that enemy*” (consultado en <http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>).

⁸³ El punto cuarto establecía que: “*That they recognize the necessity of establishing at the earliest practicable date a general international organization, based on the principle of the sovereign equality of all peace-loving states, and open to membership by all such states, large and small, for the maintenance of international peace and security*”.

⁸⁴ El punto quinto recogía lo siguiente: “*That for the purpose of maintaining international peace and security pending the re-establishment of law and order and the inauguration of a system of general security they will consult with one another and as occasion requires with other members of the United Nations, with a view to joint action on behalf of the community of nations*”.

A su vez, recogía una importante cuestión, que aquellos que hubiesen cometido crímenes de guerra fueran trasladados a los mismos lugares donde los habían perpetrado, a fin de que fueran juzgados en el lugar de los hechos⁸⁵. No obstante la “Declaración de Moscú” no precisaba si los criminales de guerra serían juzgados o sometidos a ejecuciones sumarias.

El siguiente punto de inflexión lo encontramos en la Conferencia de Teherán, celebrada entre el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 1943, con participación de Roosevelt, Churchill y Stalin. Durante esta Conferencia se discutió ampliamente sobre las ejecuciones sumarias, sin que se llegase a un acuerdo sobre quiénes y en qué número serían ejecutados sumariamente, pues en este punto se discutían cifras muy distintas.

Por otra parte, dentro de Estados Unidos, había una disensión sobre el futuro de los criminales de guerra. Concretamente, el Secretario del Tesoro, Henry Morgenthau, estaba en contra de cualquier tipo de proceso judicial. Al parecer, había propuesto un plan el 5 de septiembre de 1944 para neutralizar Alemania definitivamente, consistente en realizar un número de ejecuciones sumarias, algo más propio de un comunista del gobierno de Stalin que de un ciudadano norteamericano⁸⁶.

En contra de esta propuesta de Morgenthau se alzaba otra bastante más razonable, la de Henry L. Stimson, que ocupaba el cargo de Secretario de Guerra. Stimson, que se negaba además a apoyar la desindustrialización y destrucción de la economía alemana, suscribió un documento de fecha 9 de septiembre de 1944 apoyando la participación de los Estados Unidos en un tribunal internacional que procesase a los principales criminales de guerra y dirigentes nazis, por violar “las estipulaciones que figuraban en las Normas de la Guerra” y por “haber cometido crueldades gratuitas e innecesarias durante el desarrollo del conflicto”. Añadía que esas Normas habían sido refrendadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y, por tanto, debían constituir “la base de toda acción judicial contra los nazis”⁸⁷.

⁸⁵ Concretamente reseñaba que: “*Thus, Germans who take part in wholesale shooting of Polish officers or in the execution of French, Dutch, Belgian or Norwegian hostages of Cretan peasants, or who have shared in slaughters inflicted on the people of Poland or in territories of the Soviet Union which are now being swept clear of the enemy, will know they will be brought back to the scene of their crimes and judged on the spot by the peoples whom they have outraged*”.

⁸⁶ Vid. op. cit. GELLATELY, ROBERT y GOLDENSOHN, LEON, pág. 12, donde aparece reflejada esa opinión.

⁸⁷ Las referencias a este documento pueden encontrarse en op. cit. R. MARRUS, MICHAEL, págs. 24-27.

De la Conferencia de Quebec –siguiente punto de inflexión- de 11 de agosto de 1944, se deduce que el Presidente norteamericano Roosevelt optó por la línea Morgenthau, pues hizo una declaración pública con Churchill en la que calificaron como inapropiado el procesamiento de “archicriminales como Hitler, Himmler, Göring y Göbbels”⁸⁸. Concretamente, la declaración decía lo siguiente: “Aparte de las formidables dificultades que supone la constitución del tribunal, la formulación de los cargos y la recopilación de pruebas, el destino de los dirigentes nazis es una cuestión política, no judicial. La decisión final de un asunto como este, que es del mayor y más relevante carácter político y público, no puede residir en unos jueces, por eminentes que sean o por muy capacitados que estén. La resolución debe ser decisión conjunta de todos los Aliados”⁸⁹.

No obstante, en 1944 se va a producir un cambio sobre el modo de actuar después de la guerra. La sugerencia de Molotov de 1942 había calado, y Stalin se mostraba partidario de celebrar un juicio bajo la tutela de un tribunal internacional. Algunos historiadores han apuntado que este cambio de opinión pudo ser una maniobra del dirigente ruso para mejorar la empañada imagen que de él se tenía en Occidente⁹⁰.

Este cambio de parecer no fue repentino, sino fruto de la práctica que ya estaban llevando a cabo, a su manera, los soviéticos, lo que de alguna manera reflejaba que la idea de Molotov comenzaba a tener consistencia. Concretamente, nos referimos a los procesos de Krasnodar de 1943, donde ocho ciudadanos soviéticos fueron ahorcados delante de miles de personas, después de un proceso de tres días tras el cual fueron condenados por colaboracionismo con el régimen nazi⁹¹.

Luego siguieron los juicios de Járkov, celebrados entre el 15 y 18 de diciembre de 1943, donde tres alemanes y un ruso fueron acusados de haber tomado parte en el exterminio de ciudadanos soviéticos, siendo ahorcados delante de 40.000 personas⁹². Los condenados eran: Reinhardt Retziav (policía de 36 años), Hans Ritz (asistente del comandante de la Gestapo en Jarkov), el Capitán Willhelm Langheld (del servicio de

⁸⁸ Vid. op. cit. GELLATELY, ROBERT y GOLDENSOHN, LEON, pág. 13.

⁸⁹ Vid. KOVACHI, ARIEH J: “Prelude to Nuremberg; Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment”, ed. Chapel Hill, 1998, pág. 88, donde aparece citado en su totalidad.

⁹⁰ Vid. op. cit. KOVACHI, ARIEH J., pág. 91.

⁹¹ Vid. BOURTMAN, ILYA: “Blood for Death: The Soviet Military Tribunal in Krasnodar, 1943”, Oxford Journal “Holocaust and Genocide Studies”, Vol. 22, Issue 2 (2008), págs. 246-265.

⁹² Sobre este proceso se ha consultado la prensa de la época en: <http://trove.nla.gov.au/newspaper/article/11794064>

espionaje alemán), y Míjail Bulánov (ciudadano soviético que trabajaba de chófer para los alemanes). Estos juicios recuerdan mucho a la “Gran Purga” soviética de la década de 1930.

La disensión en Estados Unidos a la que hemos aludido seguía entre tanto su particular recorrido. Henry L. Stimson fue poco a poco consiguiendo expandir su idea de celebrar un juicio al finalizar la contienda, consiguiendo contrarrestar la influencia de Morgenthau⁹³. Stimson encargó al Subsecretario John J. Mc Cloy la tarea de elaborar una propuesta con fundamentos legales, quien a su vez delegó en el Coronel Murray C. Bernays la elaboración del marco legal de la propuesta. Murray C. Bernays escribió un documento denominado “Proceso a los criminales de guerra europeos”, en el que expuso las ventajas de celebrar un juicio, en el que podrían acusarse no sólo a individuos, sino también a organizaciones criminales. Sobre esta cuestión propuso que el integrar ciertas organizaciones sería motivo bastante para enjuiciar. Esta propuesta fue refrendada por el Secretario de Estado Cordell Hull y por el Secretario de Marina James Forrestal, además de Stimson, quienes se la entregaron al Presidente Roosevelt, para documentarle de manera previa a la Conferencia de Yalta⁹⁴.

En la Conferencia de Yalta (del 4 al 11 de febrero de 1945), aunque se discutieron entre el Reino Unido, Estados Unidos y la U.R.S.S. cuestiones tan importantes como la desmilitarización y división de Alemania, la nueva organización de lo que sería Naciones Unidas o las indemnizaciones de guerra, la cuestión de los juicios no fue debatida.

Con la muerte repentina del Presidente Roosevelt el 12 de abril de 1945 la situación gira repentinamente, pues el nuevo Presidente, Harry S. Truman, aceptaba la perspectiva planteada por el sector partidario de la celebración de los juicios.

Convencidos los norteamericanos y los rusos de la manera explicada, únicamente restaba convencer a los británicos, tarea en la que se empeñaron los norteamericanos a lo largo de 1945. El 3 de mayo de 1945 se firmó un acuerdo en San Francisco entre Estados Unidos, la U.R.S.S., el Reino Unido y Francia acordando organizar un juicio.

Aunque se había llegado a un acuerdo de llevar a cabo el proceso judicial, la idea todavía restaba de ser una realidad palpable. ¿Cuál iba a ser la composición del tribunal?

⁹³ Vid. op. cit. GELLATELY, ROBERT y GOLDENSOHN, LEON, pág. 14.

⁹⁴ Este borrador está disponible en op. cit. R. MARRUS, MICHAEL, págs. 28-32.

¿Qué sistema procesal iba a seguirse, dada la variedad de sistemas jurídicos representados por los Aliados? ¿Cuáles serían las acusaciones? ¿Cuáles serían los derechos de los acusados?

El primer esbozo de respuesta a estas preguntas lo encontramos en el Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945⁹⁵, que es el documento cuyos siete artículos establecen las líneas generales del Tribunal Militar Internacional. Hace expresa mención a la Declaración de Moscú de 30 de octubre 1943. Este documento es acompañado por la Carta de Constitución del Tribunal Militar Internacional⁹⁶, que consta de 30 artículos, sobre los que podemos hacer las siguientes consideraciones:

- Constitución de la autoridad judicial (arts. 1 al 5): los cuatro países aliados debían nombrar a cuatro jueces titulares (un juez por país), así como un sustituto. Este nombramiento no se podía impugnar (ni por la defensa, ni por otro aliado, ni por el fiscal), aunque sí existía la posibilidad de reemplazo por el propio país cuya nacionalidad ostentase, por razones de salud, o cualquier otra de entidad suficiente, salvo que se intentase la misma durante la celebración del juicio. Los cuatro titulares, o el sustituto en su caso, debían estar presentes para garantizar el quorum previsto, siendo necesario el voto de al menos tres personas para ejecutar cualquier acuerdo; el voto de calidad del presidente podía ser decisivo. Sobre este último particular se estableció el criterio de presidencia rotativa.

- Competencias y principios generales (arts. 6 al 13): el art. 6 se erige en eje capital, ya que faculta al Tribunal al “enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, y estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieran los delitos que se enuncian a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones...”⁹⁷. De la redacción se

⁹⁵ Consultado en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp> en fecha 16 de abril de 2016.

⁹⁶ Disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>

⁹⁷ Específicamente establece lo siguiente: “*The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:*

(a) **CRIMES AGAINST PEACE:** *namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;*

desprende que, aunque la responsabilidad penal es individual, el hecho de integrar determinadas organizaciones –cuestión que cobra gran importancia en la Alemania de la época, si se tiene en cuenta que después de la guerra hasta asociaciones deportivas fueron prohibidas-, constituye un eventual enjuiciamiento, sin que el cargo opere como eximente de responsabilidad penal ni atenuante (art. 7), ni el cumplimiento de órdenes (art. 8) que, aunque tampoco juega como eximente, en ciertas ocasiones puede atenuar las penas. Los crímenes competencia del Tribunal (art. 6 ya citado y sobre los que volveremos más adelante) son los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Sobre qué organizaciones tienen fines criminales, es competencia del Tribunal tal declaración (art. 9), constituyendo su pertenencia un delito autónomo respecto a otros (art. 11), con posibilidad de ser juzgado en ausencia (art. 12)⁹⁸.

- Comité para la investigación y acusación de destacados criminales de guerra (arts. 14 y 15): interesa destacar la obligación que tuvieron los Estados Parte para designar un Fiscal Jefe, que actuaba de manera conjunta con el resto (art. 14). Eran los Fiscales Jefe quienes, principalmente, debían determinar qué criminales de guerra iban a ser juzgados, decidir qué escritos de acusación se presentaban, así como presentar el borrador de las reglas del procedimiento. El resto de funciones venían representadas por las que ordinariamente realiza un fiscal.

- Un juicio justo para los acusados (art. 16)⁹⁹: los acusados tenían derecho a que se les entregase copia del escrito de acusación en donde se detallasen los cargos,

(b) **WAR CRIMES:** *namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;*

(c) **CRIMES AGAINST HUMANITY:** *namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”.

⁹⁸ Tal fue el caso de Martin Bormann, secretario de Hitler.

⁹⁹ Dada la importancia de este artículo pensamos que es importante transcribirlo tal y como fue escrito: “In order to ensure fair trial for the Defendants, the following procedure shall be followed:

teniendo el derecho a una primera declaración durante las cuestiones preliminares. También aparece la posibilidad de explicarse en su idioma y a que le fuese traducida cualquier cuestión durante el desarrollo del proceso. Además, la posibilidad de estar asistido por un abogado, a presentar las pruebas que estimase convenientes para su defensa y a examinar las pruebas presentadas contra su persona. Aunque aparecen recogidos los derechos más importantes, los acusados no podían negarse a declarar. En este sentido la táctica de la defensa estuvo centrada en ahogar al Tribunal bajo un mar de documentos, declaraciones y afirmaciones de testigos presenciales.

- Facultades del Tribunal y celebración del juicio (arts. 17 a 25): Destaca la limitación del juicio a una vista rápida, ocupándose de forma sumaria de las incidencias, imponiendo la correspondiente sanción. Se incluye también la exclusión del acusado o de su abogado de determinados trámites judiciales. El criterio de celeridad está también presente en la valoración de las pruebas (art. 19), ya que, según dicho artículo, el Tribunal no estaba vinculado por las normas técnicas relacionadas con las pruebas, debiendo adoptar y aplicar el procedimiento más rápido y menos técnico posible, quizá porque estaba obligado a admitir toda prueba con valor probatorio. Esta cláusula abierta de valoración de las pruebas responde a la necesidad de no eternizar, el proceso dada la ingente cantidad de las mismas. Por otra parte, encontramos una estructura sencilla en cuanto al esquema procesal. No se distingue entre una fase de instrucción y una fase oral, ni hay segunda instancia. Todo aparece concentrado en un único órgano jurisdiccional, sin que existiese la posibilidad de interponer recurso. Debido a la diferencia de sistemas procesales existentes en el seno del Tribunal (principalmente entre la tradición jurídica anglosajona y la continental), este punto también fue objeto de controversia. Tanto Estados Unidos como el Reino Unido tienen un sistema basado en la contradicción, es decir, es necesario presentar pruebas ante el juez, y son el fiscal y los

-
- a) The Indictment shall include full particulars specifying in detail the charges against the Defendants. A copy of the Indictment and of all the documents lodged with the Indictment, translated into a language which he understands, shall be furnished to the Defendant at reasonable time before the Trial.
 - b) During any preliminary examination or trial of a Defendant he will have the right to give any explanation relevant to the charges made against him.
 - c) A preliminary examination of a Defendant and his Trial shall be conducted in, or translated into, a language which the Defendant understands.
 - d) A Defendant shall have the right to conduct his own defense before the Tribunal or to have the assistance of Counsel.
 - e) A Defendant shall have the right through himself or through his Counsel to present evidence at the Trial in support of his defense, and to cross-examine any witness called by the Prosecution.

abogados de la defensa quienes se enfrentan ante el tribunal e interrogan a los testigos y a los acusados. Sin embargo, en el continente europeo, el juez adopta mayor protagonismo, al menos en la fase de instrucción, en este sentido, es un sistema más parecido al inquisitorial.

- Sentencia y condena (arts. 26 a 29): destaca la única instancia, es decir, la imposibilidad de recurrir la sentencia (art.26), así como la posibilidad de establecer la condena que el Tribunal estimase conveniente –incluyendo la pena capital-, sin concretar ninguna (art. 27). Se recoge también la figura del decomiso, cuya administración recaía en el Consejo de Control Aliado.

- En lo tocante a lo gastos (art. 30), los mismos fueron sufragados por el Consejo de Control Aliado, esto es, el órgano encargado de la administración de Alemania tras la guerra.

IV. Centrándonos ahora en las concretas acusaciones formuladas¹⁰⁰ -que serán la piedra angular del posterior nacimiento de la CPI-, si bien el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional ya transcrito distinguió entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lo cierto es que aquéllas suelen distinguirse atendiendo a cuatro cargos diferentes.

En primer lugar, encontramos el cargo contra los acusados de haber “participado como responsables, organizadores, inductores o cómplices en la formulación o ejecución de un plan conjunto para cometer, o facilitar la comisión de Crímenes contra la Paz, Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad”¹⁰¹.

El segundo cargo, al que se denomina Crímenes contra la Paz y que está estrechamente ligado al primero, comprendía una serie de actos en los que también estaba involucrada la U.R.S.S. En dicho cargo se incriminaba a todos aquellos que

¹⁰⁰ Los documentos audiovisuales de las acusaciones y los testimonios de los acusados han sido visualizados en el archivo gráfico de THE ROBERT H. JACKSON CENTER, disponible en <https://www.roberthjackson.org/nuremberg-timeline/> (consultado entre febrero y abril de 2016 en numerosas ocasiones).

¹⁰¹ En el fondo documental y bibliográfico de la librería del Congreso de los Estados Unidos se encuentran ocho volúmenes con interesante material, donde puede consultar el contenido de las acusaciones. Vid. https://www.loc.gov/r/rfd/Military_Law/NT_Nazi-conspiracy.html, consultada en fecha 17 de abril de 2016.

“habían intervenido en la planificación, preparación, iniciación y participación en guerras de agresión, guerras que suponían la violación de diversos tratados, acuerdos y compromisos internacionales”.

Bajo este enfoque, se ha venido argumentando que también la U.R.S.S. habría cometido Crímenes contra la Paz con el Pacto de No Agresión nazi-soviético de 23 de agosto de 1939, así como sus cláusulas relativas al reparto de Polonia¹⁰².

El tercer cargo son los “Crímenes de Guerra” que, como establece el art. 6 b), comprenden “violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”. Es, en suma, la generación de aquellos actos que produjeron lo que se ha venido denominando “guerra total”, concepto que excedería en todo punto a las leyes y costumbres de la guerra¹⁰³.

Finalmente, el art. 6 c) establecía como ilícito penal competencia del Tribunal los “Crímenes contra la Humanidad”, integrados por “el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”. En relación a este punto ha de precisarse que ninguno de los acusados lo fue –como cargo específico- por la práctica genocida contra el pueblo hebreo, pues aparecía ya recogido en términos generales en el art. 6 c)¹⁰⁴.

¹⁰² Vid. SUVÓROV, VÍCTOR: “El Rompehielos”, editorial Plante (2015), en la pág. 608 recoge el testimonio del Almirante de la Armada de la Unión Soviética Nikolái Guerasomóvich Kuznetsov, que en 1941 era comisario del pueblo para la Armada de la U.R.S.S., miembro del Comité Central del PC y miembro de la Comandancia Suprema del Estado Mayor durante la guerra. Dice así: “Sólo sé una cosa: I.V. Stalin no solo no descartaba la posibilidad de una guerra con la Alemania hitleriana, sino que la creía inevitable. I.V. Stalin se estaba preparando para la guerra –amplia y meticulosamente-, partiendo de los plazos que él mismo había establecido”.

¹⁰³ Vid. BAYLISS, JOHN y WIRTZ, JAMES J.: “Strategy in Contemporary World”, Oxford University Press, pág 55.

¹⁰⁴ Vid. op. cit. GELLATELY, ROBERT y GOLDENSOHN, LEON, pág. 19.

La razón estriba en que el término genocidio (hoy en día competencia de la CPI) fue acuñado por el jurista polaco RAPHAEL LEMKIN en 1944, quien, además de crear el término, le dio su definición legal. De ahí que, aunque se empezaba a extender el uso del término genocidio y fue utilizado en alguna ocasión por la acusación, siempre se hizo en sentido descriptivo, y no desde una perspectiva legal. Habría que esperar a la adopción y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 260 A III), de 9 de diciembre de 1948, relativa a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁰⁵, para que se le diera ese nuevo sentido jurídico.

Otros términos que suelen asociarse, como el de “Holocausto”, no fueron utilizados durante el proceso, aunque sí se hizo expresa mención al asesinato en masa de judíos¹⁰⁶.

V. Centrándonos en las reglas del proceso –recordemos que en el art. 13 del Estatuto del Tribunal estaba prevista su adopción en un documento aparte-, fueron adoptadas el 29 de octubre de 1945, integrando un conjunto de once reglas procesales, sobre las que pueden hacerse las siguientes menciones:

- Regla primera¹⁰⁷: la autoridad para promulgar las reglas, como no podía ser de otra manera, eran los Estados signatarios de la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, por la que los vencedores organizan y otorgan carta de naturaleza al Tribunal.

- Regla segunda¹⁰⁸: relativa al derecho de asistencia letrada y comunicaciones a los acusados. Destaca la obligación de recibir el escrito de acusación,

¹⁰⁵ El art. 2 del Tratado que da forma a la Convención, en los términos apuntados por Lemkin, estableció que: “En la presente Convención, se entiende por Genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de los miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

¹⁰⁶ Estos términos aparecen analizados en el ensayo de BARTOV, OMER: “Antisemitism, the Holocaust and Reinterpretations of National Socialism”, en BERENBAUM, MICHAEL y J. PECK, ABRAHAM (eds.): “The Holocaust and History: The Known, the Unknown, the Disputed, and the Reexamined”, Bloomington (1998), págs. 75-98.

¹⁰⁷ Específicamente establecía que “*The present Rules of Procedure of the International Military Tribunal for the trial of the major war criminals (hereinafter called "the Tribunal") as established by the Charter of the Tribunal dated 8 August 1945 (hereinafter called "the Charter") are hereby promulgated by the Tribunal in accordance with the provisions of Article 13 of the Charter*”.

al menos con treinta días de antelación al juicio si está bajo custodia, traducido a una lengua de su comprensión. Si no estuviese bajo custodia, la notificación del escrito de acusación se haría en la forma que determinase el Tribunal. Por otra parte, los miembros de organizaciones o grupos declarados criminales, debía ser oídos de acuerdo con lo establecido en el art. 9 del Estatuto. Además, se reconoce al acusado el derecho a dirigir su propia defensa o a estar asistido de profesional letrado. Sobre este particular, era necesario que el acusado manifestase por escrito su deseo de llevar a cabo su propia defensa, pues en caso contrario el Tribunal llevaría a cabo *motu proprio* la designación de abogado defensor.

- Regla tercera¹⁰⁹: concerniente a cuestiones adicionales. Si antes de la celebración del juicio, alguno de los fiscales añadiese o propusiere alguna cuestión nueva en el alegato de acusación, la misma sería trasladada al Tribunal. Una vez realizada la correspondiente traducción, se daría traslado de la misma al acusado.

¹⁰⁸ La redacción original era la siguiente: “(a) Each individual defendant in custody shall receive not less than 30 days before trial a copy, translated into a language which he understands, (1) of the Indictment, (2) of the Charter, (3) of any other documents lodged with the Indictment, and (4) of a statement of his right to the assistance of counsel as set forth in sub-paragraph (d) of this Rule, together with a list of counsel. He shall also receive copies of such rules of procedure as may be adopted by the Tribunal from time to time. (b) Any individual defendant not in custody shall be informed of the indictment against him and of his right to receive the documents specified in sub-paragraph (a) above, by notice in such form and manner as the Tribunal may prescribe. (c) With respect to any group or organization as to which the Prosecution indicates its intention to request a finding of criminality by the Tribunal, notice shall be given by publication in such form and manner as the Tribunal may prescribe and such publication shall include a declaration by the Tribunal that all members of the named groups or organizations are entitled to apply to the Tribunal for leave to be heard in accordance with the provisions of Article 9 of the Charter. Nothing herein contained shall be construed to confer immunity of any kind upon such members of said groups or organizations as may appear in answer to the said declaration. (d) Each defendant has the right to conduct his own defense or to have the assistance of counsel. Application for particular counsel shall be filed at once with the General Secretary of the Tribunal at the Palace of Justice, Nuremberg, Germany. The Tribunal will designate counsel for any defendant who fails to apply for particular counsel or, where particular counsel requested is not within ten (10) days to be found or available, unless the defendant elects in writing to conduct his own defense. If a defendant has requested particular counsel who is not immediately to be found or available, such counsel or a counsel of substitute choice may, if found and available before trial be associated with or substituted for counsel designated by the Tribunal, provided that (1) only one counsel shall be permitted to appear at the trial for any defendant, unless by special permission of the Tribunal, and (2) no delay of trial will be allowed for making such substitution or association”.

¹⁰⁹ Esta regla disponía que: “If, before the trial, the Chief Prosecutors offer amendments or additions to the Indictment, such amendments or additions, including any accompanying documents shall be lodged with the Tribunal and copies of the same, translated into a language which they each understand, shall be furnished to the defendants in custody as soon as practicable and notice given in accordance with Rule 2 (b) to those not in custody”.

- Regla cuarta¹¹⁰: versaba sobre la práctica de prueba por parte de la defensa. En este sentido la defensa podía solicitar al Secretario General del Tribunal la práctica de algún testimonio concreto o la búsqueda de algún documento útil para su defensa. Sobre este particular se distingue entre aquellos documentos que presumiblemente se encontraban dentro del área de ocupación, y los que no se encontraban en la misma (piénsese por ejemplo en territorios europeos que habían sido invadidos por Alemania que ya habían recuperado su soberanía originaria, o en territorios de ultramar o del norte de África). En este último caso era el Tribunal quien podía solicitar a un gobierno extranjero la práctica de prueba o remisión de documentos. En caso de que estuviesen ubicados en zona de ocupación, el Secretario General debía – si el Tribunal no estaba reunido-, comunicar la solicitud al Fiscal Jefe. Si el Fiscal Jefe no planteaba ninguna objeción, el Secretario General procedía a realizar las citaciones o solicitar los documentos. En caso de que el Fiscal Jefe plantease alguna cuestión, o el Tribunal estuviese en sesión plenaria, la cuestión se debía someter con posterioridad al propio Tribunal.

- Regla quinta¹¹¹: referente al orden durante el desarrollo del juicio. Esta regla procedimental tiene su origen en el art. 18 de la Carta, y reflejó la posibilidad que tenía el Tribunal de expulsar a cualquier persona que no observase sus indicaciones, en aras de sobrellevar el juicio dentro del orden requerido.

¹¹⁰ La regla 4 señalaba que: “(a) *The Defense may apply to the Tribunal for the production of witnesses or of documents by written application to the General Secretary of the Tribunal. The application shall state where the witness or document is thought to be located, together with a statement of their last known location. It shall also state the facts proposed to be proved by the witness or the document and the reasons why such facts are relevant to the Defense.* (b) *If the witness or the document is not within the area controlled by the occupation authorities, the Tribunal may request the Signatory and adhering Governments to arrange for the production, if possible, of any such witnesses and any such documents as the Tribunal may deem necessary to proper presentation of the Defense.* (c) *If the witness or the document is within the area controlled by the occupation authorities, the General Secretary shall, if the Tribunal is not in session, communicate the application to the Chief Prosecutors and, if they make no objection, the General Secretary shall issue a summons for the attendance of such witness or the production of such documents, informing the Tribunal of the action taken. If any Chief Prosecutor objects to the issuance of a summons, or if the Tribunal is in session, the General Secretary shall submit the application to the Tribunal, which shall decide whether or not the summons shall issue.* (d) *A summons shall be served in such manner as may be provided by the appropriate occupation authority to ensure its enforcement and the General Secretary shall inform the Tribunal of the steps taken.* (e) *Upon application to the General Secretary of the Tribunal, a defendant shall be furnished with a copy, translated into a language which he understands, of all documents referred to in the Indictment so far as they may be made available by the Chief Prosecutors and shall be allowed to inspect copies of any such documents as are not so available”.*

¹¹¹ La regla quinta establecía que: “*In conformity with the provisions of Article 18 of the Charter, and the disciplinary powers therein set out, the Tribunal, acting through its President, shall provide for the maintenance of order at the Trial. Any defendant or any other person may be excluded from open sessions of the Tribunal for failure to observe and respect the directives and dignity of the Tribunal*”.

- Regla sexta¹¹²: sobre juramentos y testimonios. Antes de prestar declaración se debía prestar juramento según la costumbre del país. También, como es obvio, estaba prevista la separación de testigos antes de prestar declaración.

- Regla séptima¹¹³: sobre súplicas, mociones y trámites. Cualquier trámite o súplica dirigida al Tribunal del comienzo de los juicios, debía canalizarse a través del Secretario General, quien a su vez debía comunicárselo al Fiscal Jefe. La mención al Palacio de Justicia de Núremberg nos da una idea de que el traslado a esta ciudad desde Berlín por los motivos ya indicados era claramente un movimiento meditado. Si el Fiscal Jefe no realizaba ninguna objeción, el Presidente del Tribunal se pronunciaría al respecto. Si el Fiscal Jefe hiciese alguna observación, el Presidente convocaría al Tribunal en sesión especial para dirimir al respecto.

- Regla octava¹¹⁴: sobre la creación de la Oficina del Secretario del Tribunal. Esta Oficina estaba compuesta por el Secretario General, cuatro secretarios y sus respectivos asistentes. El Secretario General era nombrado por el Tribunal, y cada uno de las cuatro naciones nombraba su secretario. El resto de personal (como por

¹¹² Esta regla decía que: “(a) Before testifying before the Tribunal, each witness shall make such oath or declaration as is customary in his own country. (b) Witnesses while not giving evidence shall not be present in court. The President of the Tribunal shall direct, as circumstances demand, that witnesses shall not confer among themselves before giving evidence”.

¹¹³ La regla séptima prescribía lo siguiente: “(a) All motions, applications or other requests addressed to the Tribunal prior to the commencement of trial shall be made in writing and filed with the General Secretary of the Tribunal at the Palace of Justice, Nuremberg, Germany. (b) Any such motion, application or other request shall be communicated by the General Secretary of the Tribunal to the Chief Prosecutors and, if they make no objection, the President of the Tribunal may make the appropriate order on behalf of the Tribunal. If any Chief Prosecutor objects, the President may call a special session of the Tribunal for the determination of the question raised. (c) The Tribunal, acting through its President, will rule in court upon all questions arising during the trial, such as questions as to admissibility of evidence offered during the trial, recesses, and motions; and before so ruling the Tribunal may, when necessary, order the closing or clearing of the Tribunal or take any other steps which to the Tribunal seem just”.

¹¹⁴ La regla octava especificaba que: “(a) The Secretariat of the Tribunal shall be composed of a General Secretary, four Secretaries and their Assistants. The Tribunal shall appoint the General Secretary and each Member shall appoint one Secretary. The General Secretary shall appoint such clerks, interpreters, stenographers, ushers, and all such other persons as may be authorized by the Tribunal and each Secretary may appoint such assistants as may be authorized by the Member of the Tribunal by whom he was appointed. (b) The General Secretary, in consultation with the Secretaries, shall organize and direct the work of the Secretariat, subject to the approval of the Tribunal in the event of a disagreement by any Secretary. (c) The Secretariat shall receive all documents addressed to the Tribunal, maintain the records of the Tribunal, provide necessary clerical services to the Tribunal and its Members, and perform such other duties as may be designated by the Tribunal. (d) Communications addressed to the Tribunal shall be delivered to the General Secretary”.

ejemplo los intérpretes) eran nombrados directamente por el Secretario General. Entre las funciones del secretariado, destaca la recepción de las comunicaciones.

- Regla novena¹¹⁵: relativa a la grabación y exhibición de documentos. Especificó que debían grabarse todos los procedimientos orales. El término “documentos oficiales”, término que integraba las reglas procesales, el escrito de acusación, solicitudes, etc. implica que debían traducirse al inglés, francés, ruso y alemán. La prueba documental, si bien podía presentarse en el idioma original, debía traducirse al alemán para no mermar los derechos de los acusados. El Secretario General era el encargado de sellar y controlar tanto la documentación entrante como las copias que fuesen requeridas.

- Regla décima¹¹⁶: exhibición y retirada de documentos. Se preveía la posibilidad de que, al estar utilizándose documentos de relevancia histórica, los Estados que integraban el Tribunal podían aprobar que otros Estados adquiriesen copias de los documentos. Esta tarea recaía obviamente en el Secretario General.

- Regla undécima¹¹⁷: fecha de entrada en vigor de las reglas procesales y posibilidad de modificar las mismas. Finaliza el documento señalando que las reglas

¹¹⁵ Señalaba literalmente lo siguiente: “(a) A stenographic record shall be maintained of all oral proceedings. Exhibits will be suitably identified and marked with consecutive numbers. All exhibits and transcripts of the proceedings and all documents lodged with and produced to the Tribunal will be filed with the General Secretary of the Tribunal and will constitute part of the Record. (b) The term “official documents” as used in Article 25 of the Charter includes the Indictment, rules, written motions, orders that are reduced to writing, findings, and judgments of the Tribunal. These shall be in the English, French, Russian, and German languages. Documentary evidence or exhibits may be received in the language of the document, but a translation thereof into German shall be made available to the defendants. (c) All exhibits and transcripts of proceedings, all documents lodged with and produced to the Tribunal and all official acts and documents of the Tribunal may be certified by the General Secretary of the Tribunal to any Government or to any other tribunal or wherever it is appropriate that copies of such documents or representations as to such acts should be supplied upon a proper request”.

¹¹⁶ La regla décima estipulaba que: “In cases where original documents are submitted by the Prosecution or the Defense as evidence, and upon a showing (a) that because of historical interest or for any other reason one of the Governments signatory to the Four Power Agreement of 8 August 1945, or any other Government having received the consent of said four signatory Powers, desires to withdraw from the records of the Tribunal and preserve any particular original documents and (b) that no substantial injustice will result, the Tribunal shall permit photostatic copies of said original documents, certified by the General Secretary of the Tribunal, to be substituted for the originals in the records of the Court and shall deliver said original documents to the applicants”.

¹¹⁷ Finalmente la regla undécima precisaba que: “These Rules shall take effect upon their approval by the Tribunal. Nothing herein contained shall be construed to prevent the Tribunal from, at any time, in the interest of fair and expeditious trials, departing from, amending, or adding to these Rules, either by

entrarán en vigor una vez aprobadas por el Tribunal, que tenía la facultad de añadir, suprimir o modificar las mismas.

VI. Interesa ahora destacar ahora quiénes eran los juristas principales, y cómo estaban conformados cada uno de los cuatro grupos. Una vez que Estados Unidos decidió que los juicios debían celebrarse, tuvieron un papel preponderante ROBERT H. JACKSON y THOMAS J. DODD, que dirigieron un equipo de doscientas personas que incluían juristas, traductores, sociólogos, etc. ROBERT H. JACKSON fue sin lugar a dudas el fiscal más activo. Por otra parte, el equipo del Reino Unido, liderado por el fiscal DAVID MAXWELL FYFE, contaba con reducido equipo de treinta y cuatro personas; posteriormente ocupó su lugar HARTLEY SHAWCROSS. El grupo de trabajo francés liderado por FRANÇOIS DE MENTHON –posteriormente sustituido por AUGUSTE CHAMPETIER DE RIBES–, así como el grupo de trabajo soviético liderado por un ucraniano, el Teniente General ROMAN ANDREYEVICH RUDENKO, constituían colectivos aún más reducidos que el británico¹¹⁸. Como jueces y simplemente mencionando sus nombres, aunque, sin lugar a dudas, la trayectoria de estos juristas merecería una disertación aparte, fueron designados por la parte americana, FRANCIS BIDDLE (principal) y JOHN J. PARKER (sustituto); por la parte soviética, el General IONA NIKITCHENKO (principal) y el Teniente Coronel ALEXANDER VOLCHKOV (sustituto); por la parte británica, el Coronel GEOFFREY LAWRENCE (principal) y NORMAN BIRKETT (sustituto); y por la parte francesa, HENRI DONNEDIEU DE VABRES (principal) y ROBERT FALCO (sustituto).

El 16 de octubre de 1946 se ejecutó la sentencia. Las vicisitudes de los involucrados fueron diversas pues, por ejemplo, Robert Ley se suicidó el 24 de octubre de 1945, por lo que a pesar de estar llamado a ser encausado en el proceso, éste no se pudo dirigir contra él. El caso de Martin Bormann es también atípico, pues fue juzgado *in absentia* mientras que otros, como Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, no reunían las condiciones mínimas de salud para asistir al proceso. Del resto, siendo someros, doce fueron condenados a la horca (Hans Frank, Wilhelm Frick, Hermann Göring –que se suicidó en su celda–, Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Joachim von

general rules or special orders for particular cases, in such form and upon such notice as may appear just to the Tribunal".

¹¹⁸ Vid. OVERY, RICHARD: "Interrogations: The Nazi Elite in Allied Hands, 1945", Nueva York, 2001, págs. 16 y 17.

Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Fritz Sauckel, Arthur Seys-Inquart, Julius Streicher y Martin Bormann *in absentia*, como hemos dicho); tres fueron declarados no culpables (Hans Fritzsche, Franz von Papen y Hjalmar Schacht); tres fueron condenados a cadena perpetua (Rudolf Hess, Walther Funk y Erich Raeder); dos a veinte años de prisión (Baldur von Schirach y Albert Speer); uno a quince años de prisión (Constantin von Neurath); y, finalmente, otro a diez años de prisión (Karl Dönitz). Los abogados de Jodl y Keitel solicitaron –argumentando la dignidad de una ejecución militar- el fusilamiento en vez de la horca, que fue denegado. Igual suerte corrió Raeder, que solicitó el fusilamiento en vez de la cadena perpetua.

Entre diciembre de 1946 y abril de 1949 tuvieron lugar los otros doce juicios ya citados al principio, continuando los Estados Unidos en solitario.

VII. Estos trece juicios, en términos doctrinales, han cristalizado en los denominados “Principios de Núremberg”. Estos siete principios constituyen puntos referenciales en el ámbito del Derecho Internacional, fueron acuñados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su segunda sesión de 1950, y determinan qué constituye un crimen de guerra y cuál es la responsabilidad del individuo respecto de los mismos. Han tenido una influencia decisiva en los Tribunales Penales Internacionales surgidos con posterioridad, y obviamente, en el Estatuto de Roma de 1998. Son los siguientes:

- Principio I: Toda persona que cometa un acto que constituya delito de Derecho Internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.
- Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional, no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.
- Principio III: El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional.

- Principio IV: El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

- Principio V: El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

- Principio VI: Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de Derecho Internacional: a. Delitos contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i). b. Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares. c. Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.

- Principio VII: La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de Derecho Internacional.

4.- Los juicios de Tokio

I. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (en adelante TMILO), más desconocido para el público occidental que los procesos de Núremberg –pero de gran importancia también para el establecimiento de la CPI-, supuso un hito fundamental para que la comunidad internacional en su conjunto –y no exclusivamente el público occidental- tomase conciencia de la necesidad de castigar los Crímenes contra la Paz, los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad. En el presente apartado, pensamos que lo más fructífero a los efectos de un análisis histórico, será centrarnos en el proceso de gestación del TMILO, los cargos que se formularon y su legitimidad.

El TMILO se constituyó por primera vez el 3 de agosto de 1946 en Tokio, siendo disuelto el 12 de noviembre de 1948. Algunas de las conferencias y documentos citados con ocasión del proceso político y jurídico que culminó con el nacimiento del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (como la Conferencia de Teherán de 1943 o la Conferencia de Yalta de 1945, entre otras), constituyen también puntos de referencia, porque en ellos se hacía expresa mención a la voluntad de juzgar a las naciones que integraban el Eje y, por tanto, también a Japón.

No obstante, será en la Conferencia de El Cairo de 1 de diciembre de 1943 donde se otorgue carta de naturaleza al TMILO. En El Cairo se puso de relieve que “los Tres Grandes Aliados estaban luchando para contener y castigar la agresión del Japón (...); es su objetivo despojar al Japón de todas islas del Pacífico que han sido tomadas desde el inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914, y de todos aquellos territorios que Japón ha robado a China, como Manchuria, Formosa y Pescadores que deben ser restituidos a la República China (...)”¹¹⁹.

II. Es de interés también, desde un punto de vista jurídico e histórico, el Acta de Rendición Japonesa de 2 de octubre de 1945, firmada sobre la cubierta del USS Missouri, entre los representantes del Imperio del Japón, la U.R.S.S., Gran Bretaña, la Mancomunidad de Australia, Canadá, el Gobierno Provisional de la República Francesa,

¹¹⁹ Vid. Avalon Project: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/cairo.asp> (consultado el 16 de mayo de 2016). Literalmente la parte transcrita afirma lo siguiente: “*It is their purpose that Japan shall be stripped of all the islands in the Pacific which she has seized or occupied since the beginning of the first World War in 1914, and that all the territories Japan has stolen from the Chinese, such as Manchuria, Formosa, and the Pescadores, shall be restored to the Republic of China*”.

el Reino de Holanda, Méjico y Nueva Zelanda, que señalaba *in fine* que: “La autoridad del Emperador y del Gobierno Japonés para regir sobre el Estado estará sujeta al Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, quien tomará las decisiones que considere necesarias para cumplir con los términos de esta rendición”. También hay que tener en cuenta la Conferencia de Postdam, celebrada entre el 17 de julio y el 2 de agosto de 1945 en el Palacio de Cecilienhof, que constituyó, entre otros aspectos, el marco diplomático que se estableció para marcar los términos de rendición de Japón.

III. Los crímenes sobre los que luego incidiremos no se ciñen al ámbito temporal de la entrada de Japón en la Segunda Guerra Mundial, sino que comprenden actos que comenzaron con el auge del militarismo y expansionismo japonés en 1931 –incluyendo así la segunda guerra chino-japonesa- hasta la rendición de 2 de septiembre de 1945. Entre los crímenes cometidos por los japoneses destaca la agresión a Manchuria, la masacre de Nanking de 1937 y la llamada “Marcha de la muerte” en Batán (Filipinas) en 1941, o el ataque a Pearl Harbour de ese mismo año.

Los acusados fueron divididos en función de los crímenes que se les imputaban. De esta manera encontramos acusados de clase A¹²⁰ (aquellos que fueron acusados de Crímenes contra la Paz, principalmente los líderes civiles y militares japoneses más relevantes); acusados de clase B (donde se agruparon los acusados de cometer Crímenes de Guerra); y acusados de clase C (integraban este grupo los acusados de Crímenes contra la Humanidad)¹²¹.

¹²⁰ Los acusados clase A, los más importantes desde el punto de vista de la responsabilidad estatal, eran veintiocho: Kenji Diihara, Kingoro Hashimoto, Shunroku Hata, Kiichiro Hiranuna, Koki Hirota, Naoki Hoshino, Seishiro Itagaki, Okinori Kaya, Koichi Kido, Heitaro Kimura, Kuniaki Kojo, Iwane Matsui, Yosuke Matsuoka, Jiro Minami, Akine Muto, Osami Nagara, Takasumi Oka, Shumei Okawa, Hiroshi Oshima, Kenryo Osato, Mamoru Shigemitsu, Shigetaro Shimada, Toshio Shiratori, Teichi Suzuki, Shigenori Togo, Hideki Tojo y Yoshijiro Umezu.

¹²¹ Son los tres crímenes competencia del TMILO. El art. 5 de la Carta de constitución del mismo relativo a la jurisdicción y competencia estableció que: “The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offences which include Crimes against Peace.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

- a) *Crimes against Peace*: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;
- b) *Conventional War Crimes*: Namely, violations of the laws or customs of war;

Así pues, la Declaración de El Cairo de 1 de diciembre de 1943, la Declaración de Postdam de 26 de julio de 1945, el Acta de Rendición de 2 de septiembre de 1945 y la Conferencia de Moscú de 26 de diciembre de 1945, van a constituir nuestro marco referencial. El primero de estos documentos (suscrito por el Presidente de los Estados Unidos, el Primer Ministro de Gran Bretaña y el Presidente de la República de China) destacaba que: “Las diversas delegaciones militares se han puesto de acuerdo sobre las futuras operaciones militares contra Japón. Los Tres Grandes Aliados han manifestado su decisión de llevar a cabo una implacable presión contra sus enemigos por mar, tierra y aire. Esta presión ya es un hecho. Los Tres Grandes Aliados están luchando en esta guerra para limitar y castigar la agresión de Japón. Éstos no actúan en beneficio propio y no tienen intención de expandirse territorialmente...”¹²².

A su vez la Declaración de Postdam (que incluía a los anteriores, adhiriéndose la U.R.S.S. posteriormente) destacaba que: “A Japón se le dará la oportunidad de finalizar esta guerra. Para ello debe ser eliminada para siempre la autoridad e influencia de aquellos que han engañado y embaucado al pueblo japonés a embarcarse en la conquista del mundo, por eso insistimos en que el nuevo orden de paz, seguridad y justicia será imposible hasta que el militarismo irresponsable sea expulsado del mundo. Los términos de la Declaración de El Cairo serán llevados a cabo, y la soberanía de Japón se limitará a la isla de Honshu, Hokkaido, Kyushu, Shikoku y otras islas menores que determinaremos. No pretendemos que el pueblo japonés sea esclavizado como raza o destruido como nación, pero una justicia severa será impartida a todos los criminales de guerra, y a todos aquellos que han cometido crueldades con nuestros prisioneros”.

Estos términos que se vieron cumplidos con la citada Acta de rendición de 2 de septiembre de 1945, aunque de manera previa el Emperador Hirohito anunció la rendición por radio el 15 de agosto de 1945, aceptando los términos de la Declaración

c) *Crimes against Humanity*: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan”.

¹²² Vid. <http://avalon.law.yale.edu/wwii/cairo.asp> (consultada el 16 de mayo de 2016): “*The several military missions have agreed upon future military operations against Japan. The Three Great Allies expressed their resolve to bring unrelenting pressure against their brutal enemies by sea, land, and air. This pressure is already mounting. The Three Great Allies are fighting this war to restrain and punish the aggression of Japan. They covet no gain for themselves and have no thought of territorial expansion*”.

de Postdam, ratificando entre otros aspectos que: “Por parte del Emperador, el Gobierno japonés y sus sucesores nos comprometemos a llevar a cabo las disposiciones de la Declaración de Postdam de buena fe, dictando cuantas órdenes y acciones puedan ser requeridas por el Mando Supremo de los Aliados, o por otros representantes que designen las Potencias Aliadas, al objeto de llevar a la práctica la Declaración”¹²³.

A su vez la Declaración de Moscú señaló que: “El Comandante Supremo emitirá todas las órdenes para la ejecución de las condiciones de entrega, la ocupación y el control de Japón, así como las directivas complementarias”¹²⁴.

IV. El día 19 de enero de 1946, el General Mac Arthur, en calidad de Comandante Supremo de los Aliados, proclamó la inminente “celebración de un juicio contra aquellas personas acusadas bien de forma individual o bien como miembros de determinadas organizaciones que hubiesen cometido Crímenes contra la Paz”. Esta declaración se vio complementada con una orden de 15 de febrero de 1946 del propio Mac Arthur, en la que designó al nueve miembros para constituir el TMILO nominados por cada uno de los Aliados; orden que hubo de modificarse para elevar el número de jueces de nueve a once, incluyendo así las nominaciones de la India y Filipinas.¹²⁵

La acusación referente a los criminales de clase A –que es con arreglo a la categoría histórica la más relevante-, constaba de 56 cargos que recaían sobre los veintiocho acusados ya citados, que cometieron Crímenes contra la Paz entre el 1 de enero de 1928 y el 2 de septiembre de 1945. Los cargos pueden ser agrupados de la siguiente manera¹²⁶:

- Acusación nº 1: la conspiración por parte de los veintiocho líderes japoneses de organizar o instigar, entre el 1 de junio de 1928 y el 2 de septiembre de 1945, solos o en unión de otros países, una guerra de agresión contra una serie de países

¹²³ El contenido completo ha sido consultado en fecha 16 de mayo de 2016 en:

<http://avalon.law.yale.edu/wwii/j4.asp>

¹²⁴ Consultado en <http://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp> en fecha 22 de mayo de 2016.

¹²⁵ Los jueces fueron los siguientes: Sir William Webb (Australia), Edward Stuart Mc Dougall (Canadá), Mei Ju –ao (República de China), Henri Bernard (Francia), Radhabinod Pal (India), Bert Röling (Holanda), Erima Harvey Northcroft (Nueva Zelanda), Delfín Jaranilla (Filipinas), William Donald Patrick (Gran Bretaña), Myron C. Cramer (Estados Unidos, aunque fue sustituido por John P. Higgins), M. Zaryanov (URSS).

¹²⁶ Para un estudio completo del proceso vid. PRITCHARD, JOHN and ZAIDE, M. SONIA: “The Tokyo War Crimes Trial”, New York, Garland, 1981. Son 27 volúmenes donde se transcribe y analiza en profundidad este macrojuicio.

que potencialmente podrían oponerse a su propósito de imponer su dominación en el Asia Oriental (incluyendo los océanos Pacífico e Indico).

- Acusación nº 2: conspiración por parte de los veintiocho acusados –durante el mismo periodo-, para que Japón llevase a cabo una guerra de agresión contra China, para asegurar la completa dominación de las provincias de Liaoning, Kirin, Heilungkiang y Jehol.

- Acusación nº 3: igualmente todos fueron acusados de conspirar en el mismo periodo para que Japón desarrollase una guerra de agresión para asegurar la completa dominación de China.

- Acusación nº 4: los veintiocho fueron acusados de conducir a Japón a una guerra de agresión contra los Estados Unidos, la Commonwealth, Francia, Holanda, China, Portugal, Tailandia, Filipinas y la URSS.

- Acusación nº 5: todos fueron acusados de conspirar con Alemania e Italia –asistiéndose mutuamente- en una guerra total para dominar el mundo, cada uno en su esfera de influencia.

- Acusaciones nº 6 a nº 17: veintisiete acusados (todos excepto Shiratori) de planear una agresión contra los países que se nombran.

- Acusaciones nº 18 a nº 26: todos fueron acusados de iniciar una guerra de agresión contra los países que se citan.

- Acusaciones nº 27 a nº 36: todos fueron acusados de librar una guerra contra los países que se relacionan.

- Acusación nº 37: algunos de los imputados fueron acusados de conspirar para asesinar a miembros de las Fuerzas Armadas y civiles de los Estados Unidos, Mancomunidad británica, Holanda y Tailandia, iniciando hostilidades de forma ilegal contra esos países, contraviniendo así lo establecido en la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907.

- Acusación nº 38: los mismos fueron acusados de conspirar para asesinar soldados y civiles, violando así el Acuerdo entre los Estados Unidos y Japón de 30 de noviembre de 1908; el Tratado entre Gran Bretaña, Francia, Japón y los Estados Unidos de 13 de diciembre de 1921; el Pacto de París de 27 de agosto de 1928; así como el Tratado entre Tailandia y Japón de 12 de junio de 1940.

- Acusaciones nº 39 a nº 43: imputación de los citados líderes japoneses, por la comisión los días 7 y 8 de diciembre de 1941 de los ataques de Pearl Harbour, Kohta Behru, Hong Kong, a bordo del HMS Peterel en Shangai y Davao.
- Acusación nº 44: todos fueron acusados de conspirar para matar a gran escala a civiles y prisioneros de guerra en manos de los japoneses.
- Acusaciones 45 a 50: algunos fueron acusados de asesinar a soldados que habían depuesto las armas y civiles en Nanking, Canton, Hankow, Changsha, Hengyang, Kweilin, y Linchow.
- Acusación nº 51: algunos fueron acusados de asesinar a soldados mongoles y de la URSS en el área del río Khalkin-Gol en 1939.
- Acusación nº 52: varios fueron acusados de asesinar a soldados de la URSS en el área del lago Khasan entre julio y agosto de 1938.
- Acusaciones nº 53 y nº 54: todos salvo Okawa y Shiratori fueron acusados de conspirar ordenando, autorizando o permitiendo a la oficialidad cometer asesinatos en relación a militares y civiles.
- Acusación nº 55: todos, salvo Okawa y Shiratori nuevamente, fueron acusados de no haber observado la obligación legal para garantizar la prevención de delitos de guerra, mediante la adopción de medidas adecuadas.

Durante la celebración del proceso, Matsuoka y Nagaro fallecieron. Otro de los acusados, Okawa, fue declarado incapaz para asistir al mismo¹²⁷. Los días 3 y 4 de mayo se leyeron, en una primera sesión, las acusaciones, en presencia de los veintiocho. Posteriormente se abrió un periodo para que los acusados pudieran presentar sus primeras declaraciones relativas a la declaración de culpabilidad. El día 3 de junio comenzó la fiscalía a presentar las pruebas.

A su vez, la defensa presentó argumentos que declaraban la incompetencia del TMILO para conocer de los cargos presentados por la acusación. La fiscalía comenzó su actuación el 3 de junio de 1945, y terminó el 24 de enero de 1947. La presentación de pruebas y argumentación de la defensa comenzó el 24 de febrero de 1947 y finalizó el 12 de junio de 1948. Las réplicas fueron admitidas para ambas partes. En total fueron admitidas 4.335 pruebas documentales, 419 testigos prestaron declaración en sede

¹²⁷ Asistió varias veces en pijama para mostrar su disconformidad con el mismo, golpeó la calva del antiguo primer ministro Hideki Tojo, e interrumpió en repetidas ocasiones las sesiones mediante gritos. El presidente del Tribunal, Sir William Webb declaró su incapacidad mental.

judicial y 779 fueron interrogados en otras ubicaciones (piénsese que el área de comisión de los delitos era enorme). La transcripción de todo el proceso integra 48.412 folios.

V. En cuanto a la ley aplicable, al ser un tribunal especial nacido de la voluntad del Comandante Supremo (siguiendo como es obvio directrices de carácter político, bajo la autoridad conferida por el resto de aliados), será la Carta de constitución de TMILO de 19 de enero de 1946 el documento jurídico de referencia. Refleja la voluntad de las potencias vencedoras de juzgar a los vencidos, de acuerdo con ciertos límites y reglas que los vencedores imponen. Esta es la idea que parece inferirse del art. 1 de la Carta¹²⁸, que establece que:

*“Por la presente se establece el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, para el desarrollo de un justo y rápido juicio, así como para el castigo de los mayores criminales del lejano oriente. La sede permanente del tribunal se ubica en Tokio”*¹²⁹.

Los otros 16 artículos de la Carta, a pesar de ser esquemáticos, regulan a grandes rasgos aspectos tales como la composición y funcionamiento del tribunal, requisitos de votación, responsabilidad del acusado, procedimiento, cuestiones preliminares o pruebas.

La jurisdicción del TMILO fue, al igual que en los juicios de Núremberg, impugnada por la defensa, quien argumentó que:

- Los Aliados, a través del Comandante Supremo, no tenían autoridad para incluir en la Carta un tribunal que juzgase “Crímenes contra la Paz”.
- La guerra de agresión –entienden- no es en sí misma ilegal, y el Pacto de París de 1928 sobre la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional no menciona la misma como tal.
- La guerra es un acto de la nación, no cabría responsabilidad individual a la luz del Derecho Internacional.

¹²⁸ El texto de la misma ha sido consultado en <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/must000004-0020.pdf>

¹²⁹ El texto señala que: “*The International Military Tribunal for the Far East is hereby established for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals in the Far East. The permanent seat of the Tribunal is in Tokyo*”.

- Las disposiciones de la Carta constituyen una aplicación ex post facto de la norma, de ahí que la aplicación sea ilegal.
- El Acuerdo de rendición establece que la Declaración de Postdam impondría la condición de que los crímenes de la guerra convencional previstos por el Derecho internacional serán los únicos crímenes susceptibles de ser perseguidos.
- Las muertes producidas con ocasión de la conducción de las operaciones bélicas, a menos que constituyan violaciones de los usos y leyes de la guerra, son incidentes producidos por la misma, no asesinatos.
- Algunos de los acusados son prisioneros de guerra que deberían ser juzgados por una corte marcial, según el Convenio de Ginebra de 1929, y no por un tribunal de la naturaleza del TMILO.

Los argumentos del TMILO frente a estos razonamientos jurídicos pivotaban sobre la idea de que la Carta no era un documento arbitrario de las potencias vencedoras, sino la expresión de la legalidad internacional al tiempo de su creación. Al adherirse por otra parte Japón al Pacto de París de 27 de agosto de 1928, renunciaba a la guerra como instrumento político. También argumentó el TMILO que el aforismo jurídico que consagra el principio de legalidad “*nullum crimen sine lege*”, no juega como una limitación de soberanía, sino como un principio de justicia; de ahí que no sea injusto acusar a quienes, en contra de lo dispuesto en los tratados, han atacado Estados vecinos sin previo aviso, ya que puede encontrarse normativa anterior que condena tales conductas. Además, el TMILO consideraba que no sólo era competente para conocer de crímenes de guerra, sino también de todos aquellos delitos especificados en el art. 5 de la Carta, incluyendo la guerra de agresión, que ya estaba tipificada como delito internacional, no pudiendo enmarcarse los hechos de manera exclusiva según la Declaración de Postdam.

El hecho de que cuatro de los acusados¹³⁰ ostentasen el estatuto de prisionero de guerra y que, en consecuencia, debieran ser juzgados por la jurisdicción militar de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1929, fue un asunto dirimido en sede del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que exportó su razonamiento al TMILO. El entonces Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, HARLEM FISKE STONE, entendió –después de las correspondientes deliberaciones–, que de acuerdo con

¹³⁰ Eran Itagaki, Kimura, Muto y Sato.

el capítulo III, sección VI, parte III de la Convención de Ginebra de 1929 (concretamente los artículos 84 y siguientes), éstos quedaban circunscritos a aquellos actos en los que los detenidos hubiesen cometido exclusivamente delitos propios de las hostilidades en un marco de beligerancia.

VI. Finalmente, en lo que al fallo condenatorio respecta, seis de los acusados fueron condenados a la horca¹³¹ por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz¹³²; uno de los acusados fue condenado por cometer crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad¹³³, siendo todos ellos ejecutados en la prisión de Sugamo el 23 de diciembre de 1948. Como ya hemos apuntado, Shumei Okawa fue declarado incapaz y Yosuke y Yosami murieron por causas naturales durante el proceso. Dieciséis fueron condenados a cadena perpetua¹³⁴, mientras que Togo fue condenado a veinte años de prisión (si bien murió en 1949), y Shigemitsu a siete años de prisión.

VII. Para finalizar hay que mentar otro proceso de menor entidad: el proceso de Khabarovsk¹³⁵. Tuvo lugar entre el 25 y el 31 de diciembre de 1949, con la exclusiva participación de la URSS. En dicho proceso, doce miembros de la unidad de élite japonesa Kwantung fueron juzgados y condenados por cometer crímenes de guerra al haber utilizado armas biológicas contra la población civil.

VIII. En relación a los importantísimos Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, hemos elaborado la siguiente valoración crítica:

¹³¹ El art. 16 de la Carta facultaba la aplicación de la pena capital: “*The Tribunal shall have the power to impose upon an accused, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just*”.

¹³² Los condenados fueron: Kenji Doihara, Koki Hirota, Seishiro Itagaki, Heitaro Kimura, Akira Muto y Hideki Tojo.

¹³³ Fue Iwane Matsui.

¹³⁴ Fueron: Araki, Hashimoto, Hata, Hiramura, Hshimo, Kaya, Kido, Koiso, Minami, Oka, Oshima, Sato, Shimada, Shiratori, Suzuki y Umezu.

¹³⁵ Sobre este particular se puede consultar la obra de YUDIN, BORIS; KLEINMAN, ARTHUR; JING BA NIE; NANYAN GUO; SELFEN, MARK: “Japan’s Wartime Medical Atrocities”, ed. Taylor and Francis, 2010, págs. 59 y siguientes.

1) La Comunidad Internacional toma conciencia sobre la necesidad de actuación conjunta en relación al Derecho Penal Internacional.

La comisión a gran escala de crímenes contra la paz (*ius ad bellum*), de crímenes de guerra (*ius in bello*) y crímenes contra la humanidad –que constituirán posteriormente el núcleo de los crímenes competencia de la CPI-, puso de relieve la obligatoriedad de involucrar a la comunidad internacional y dotar de unos mecanismos jurídicos para que los mismos no quedasen impunes después de tan traumáticos sucesos, originando asimismo normativa de carácter internacional importante –como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio de 1948 o los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949- que protegiesen a militares y civiles en futuros conflictos.

2) Comienza a afianzarse el principio de jurisdicción universal.

Como consecuencia de la traumática experiencia a la que se ha hecho alusión en el punto anterior, surge, con la instauración de ambos tribunales, la voluntad de juzgar crímenes, donde al recaer la titularidad del bien jurídico protegido en la comunidad internacional, otras instancias ajenas son competentes para conocer. Es decir, comienza por primera vez a asentarse la idea de que una instancia ajena a la soberanía del propio Estado sea competente para juzgar, articulándose como derecho reconocido por las naciones. El delincuente trascendería de este modo el ordenamiento jurídico de su país y la responsabilidad de sus tribunales.

3) Se amplía el principio de responsabilidad individual en relación al Derecho Penal Internacional.

Los dos procesos suponen una herencia valiosa pues detrás de una instancia estatal siempre hay una persona o grupo de personas que toma decisiones¹³⁶ y a las que se puede atribuir responsabilidad. Otro enfoque supondría una imposibilidad para castigar esos actos, y este es precisamente un punto de partida para la construcción de la teoría de la subjetividad internacional del individuo, donde el individuo no es sólo sujeto

¹³⁶ Vid. a este respecto GREPPI, EDOARDO: “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el Derecho Internacional”, Revista Internacional de la Cruz Roja núm.835, 30 de septiembre de 1999, págs. 531-554.

pasivo en la violación de un derecho que puede posteriormente reclamar, sino también frente a quien se puede imputar una responsabilidad como sujeto activo. En este sentido también queda ampliado por la manera en la que se abordó el asunto de la “obediencia debida” y las “órdenes superiores”, ya que es un campo donde también se puede responder individualmente, puesto que si realmente ha existido la libertad de elección, no se puede amparar el infractor en la orden del superior. Así pues, Jefes de Estado, oficiales, sanitarios, industriales, etc. pueden ser sujetos activos sin que pueda diluirse su responsabilidad individual en una entidad de categoría superior no punible.

4) Estos tribunales *ad hoc* no fueron perfectos, pero suponen un comienzo.

Numerosas han sido las críticas que han recibido. Entre las más importantes, encontramos la de que fueron imposiciones de los vencedores y, por tanto, meras extensiones de los aparatos estatales de cada una de las potencias aliadas, en vez de órganos judiciales independientes¹³⁷. También se ha invocado el uso del razonamiento “*tu quoque*”, por alegar la aplicación de unos principios y un razonamiento que no se cumple para todas las partes en igualdad de condiciones, puesto que los Aliados también cometieron crímenes de diversa índole que no fueron castigados¹³⁸. En los supuestos de crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad se alegó una violación del principio de legalidad. Y, finalmente, se ha aludido a una falta de garantía de los acusados y, por tanto, la violación de un derecho a un proceso con todas las garantías necesarias. En el plano positivo, estos procesos son decisivos para la tipificación de los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad, además de los ya mencionados referentes a la responsabilidad individual y la negación del cumplimiento de órdenes como eximente o atenuante.

5) Se inicia el movimiento de la CPI.

Como consecuencia del proceso descrito en el apartado precedente, se pone de relieve la necesidad de establecer –aunque haya que esperar más de medio siglo- un tribunal de carácter permanente que actúe como garante de unos principios básicos,

¹³⁷ Vid. JONES, RWD JOHN; CASESE, ANTONIO; GAETA, PAOLO: “The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary”, UOP, Oxford, 2002 págs. 235 y 238.

¹³⁸ Vid. ZGONEC-ROZAJ, MISÂ: International Criminal Law Manual, International Bar Association Humans Rights Institute, 2010, pág. 53.

recogidos en los “Principios de Núremberg” descritos, subsanando los defectos de los dos tribunales *ad hoc*.

6) Los procesos contribuyen a la cristalización de los derechos humanos.

El documento conocido como Declaración Universal de los Derechos Humanos, que es clave al recoger una serie de derechos inherentes a la condición del ser humano –que son lógicamente preexistentes al documento, pero que éste contribuye a proteger mediante su positivización -, fue impulsado en parte por todos estos procesos. De esta manera, la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, forma parte de la nueva corriente normativa posbélica que trata de dar respuesta a las experiencias delictivas que los estos procesos *ad hoc* tratan de castigar.

5.- El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

I. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY), debe su nacimiento a los crímenes cometidos durante las guerras de secesión de la antigua Yugoslavia (1991-2001). En estos conflictos se cometieron infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad.

El proceso bélico¹³⁹ comenzó con la Guerra de los Diez Días (donde Eslovenia inició su proceso de independencia en 1991) y finalizó con la Guerra de Macedonia (2001). En ese arco de espacio temporal se sucedieron otros tres conflictos, a saber, la Guerra de Croacia (1991-1995), la Guerra de Bosnia-Herzegovina (1992-1995), y la Guerra de Kosovo (1998). Como consecuencia de las hostilidades, surgieron los siguientes Estados independientes: Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro, Macedonia y Kosovo.

Será en la Guerra de Croacia y en la de Bosnia-Herzegovina donde se cometan las mayores atrocidades: genocidio, deportaciones, bombardeos indiscriminados, asesinatos en masa, etc. Es, sin lugar a dudas, el conflicto más cruento en Europa desde la Segunda Guerra Mundial. La abundancia de material¹⁴⁰ referente a las víctimas, sobre todo sus propios testimonios, y la proximidad en el tiempo, hacen que los delitos y sus consecuencias sean especialmente cercanos.

II. En el informe realizado por un comité de expertos sobre la situación en Yugoslavia en 1994¹⁴¹, encontramos un elenco de diversos crímenes objeto de estudio por parte del Derecho Penal Internacional cometidos durante el conflicto. Dentro de todos ellos, y a modo de ejemplo ilustrativo, hemos escogido el genocidio¹⁴² de Srebrenica, por constituir además la primera condena de genocidio en Europa¹⁴³.

¹³⁹ Vid. <https://www.ictj.org/publication/transitional-justice-former-yugoslavia> , consultado el 19 de junio de 2016. Publicación del International Centre for Transitional Justice.

¹⁴⁰ Vid. <http://www.icty.org/en/in-focus/documentaries/through-their-eyes-witnesses-justice> , consultado diferentes días de junio de 2016.

¹⁴¹ Disponible en http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf , consultado en fecha 8 de junio de 2016.

¹⁴² Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=BFzu68EZJfg> consultado el 3 de junio de 2016.

¹⁴³ Vid. <http://www.icty.org/specials/srebrenica20/?q=srebrenica20/> consultado el 5 de junio de 2016.

Srebrenica es una ciudad de Bosnia-Herzegovina en la que el Ejército de la República de Srpska (denominado VRS)¹⁴⁴, y un grupo paramilitar serbio conocido como los “Escorpiones”, perpetraron un delito de genocidio en julio de 1995, eliminando a cerca de 8.000 bosnios-musulmanes.

Más de 1.000 personas han testificado ante el TPIY -muchas de ellas víctimas- en relación a este genocidio. Como consecuencia, 20 personas han sido imputadas, de las cuales 14 han sido condenadas por la comisión de este delito, una ha sido absuelta¹⁴⁵, otra falleció durante el juicio y otras cuatro continúan siendo juzgadas.

La República Socialista de Bosnia-Herzegovina estaba habitada principalmente por bosnios musulmanes (44%), seguida de la comunidad serbia (31%), y finalmente la croata (17%). Cuando comenzó el proceso de desintegración de Yugoslavia se convocó un referéndum en Bosnia-Herzegovina el 29 de febrero de 1992 para completar un proceso de independencia. El resultado favorable a la independencia fue rechazado y boicoteado por los representantes políticos del grupo serbo-bosnio, con adhesión de esta comunidad. El 6 de abril de 1992 la Comunidad Europea reconoció formalmente el nacimiento de la nueva República, y el 7 de abril los Estados Unidos. En respuesta a estos hechos, las fuerzas paramilitares serbo-bosnias, apoyadas por el gobierno de Slobodan Milosevic¹⁴⁶ y el Ejército de Popular Yugoslavo, atacaron a la República de Bosnia-Herzegovina, para unificar y asegurar el territorio de lo que se ha venido llamando la “Gran Serbia”, con vistas a una adhesión del territorio. La nota característica de este conflicto dentro del marco amplio de la Guerra de Yugoslavia fue la limpieza étnica de la población no serbia en las zonas controladas por los serbios, principalmente las fronteras.

En este contexto, la región central de Podrinje –donde se ubica Srebrenica- tenía importancia estratégica para los serbios, ya que, sin el control de esta zona, no tendrían la unión territorial del ente República de Srpska. Esta República funcionó como un ente autónomo dentro de Bosnia-Herzegovina bajo la dirección del gobierno serbio. La

¹⁴⁴ El jefe del VRS, es el actualmente imputado Ratko Mladić. Un resumen sobre su cronología procesal y declaraciones puede encontrarse en <http://www.icty.org/case/mladic/4> (consultado entre el 3 y el 15 de junio de 2016).

¹⁴⁵ Se trata de Momcilo Perisic. La cronología de su proceso puede encontrarse en: <http://www.icty.org/case/perisic/4> (consultado el 17 de junio de 2016).

¹⁴⁶ Los datos más importantes relativos a proceso de Slobodan Milosevic, así como sus declaraciones pueden encontrarse en: http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4 (consultado el 30 de mayo de 2016).

metodología aplicada por las fuerzas serbias, cada vez que conquistaban una localidad, era comenzar un proceso de limpieza étnica.

La batalla inicial por el control de Srebrenica tuvo lugar entre 1992 y 1993. Si bien a comienzos de 1992, las fuerzas paramilitares serbias ganaron el control de Srebrenica, en mayo de 1992 las fuerzas de gobierno bosnio recuperaron el control. Durante el transcurso de la guerra el territorio de Srebrenica, no pudo estar conectado con las principales áreas de control bosnio, y constituyó un “islote” en medio de territorio serbio. Conforme los serbios iban conquistando los alrededores del área de Srebrenica, la población huía a dicha ciudad, registrando una población cuantitativamente superior a la que podía acoger, con la agravante de que estaba siendo cercada por las tropas serbias sin que se pudiesen recibir alimento ni medicinas¹⁴⁷.

El 16 de abril de 1993, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó la resolución 819 (1993) que establecía que “todas las partes implicadas debían tratar Srebrenica y sus alrededores como una zona segura, libre de todo ataque armado o cualquier acto hostil”¹⁴⁸.

Este acuerdo de establecimiento de una zona segura fue violado por ambas partes, ya que los serbios en ningún momento entregaron las armas, y los bosnios intentaban utilizar la zona segura para contraatacar al VRS.

A comienzos de 1995 la situación en Srebrenica comenzó a ser desesperante por falta de los recursos más básicos y por la ausencia de un orden mínimo en la ciudad (existía alto índice de violencia, robos, proliferación del mercado negro y un alto índice de prostitución entre las jóvenes musulmanas, todo ello motivado por esa carencia impuesta por el cerco). Incluso para las fuerzas de las Naciones Unidas (denominadas UNPROFOR) la situación también comenzó a ser alarmante, con carencias de munición y combustible. El contingente holandés allí desplegado, conocido como DUTCHBAT¹⁴⁹ (Dutch Battalion) vio reducida su capacidad, manteniendo exclusivamente 400 hombres.

¹⁴⁷ Vid. testimonio de Naser Oric en su proceso en <http://www.icty.org/case/oric/4>, consultado por última vez el 14 de junio de 2016.

¹⁴⁸ Disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/221/90/IMG/N9322190.pdf?OpenElement>

¹⁴⁹ Vid. <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/130529.pdf> (consultado el 5 de junio de 2016). Es el documento relativo a la solicitud del procesado Radovan Karadzic de citar al Teniente Coronel jefe del DUTCHBAT Thomas Karremans, que a su vez, por los hechos que a continuación se narrarán, fue objeto

En marzo de 1995, el presidente de la República de Sprska, Radovan Karadzic, a pesar de la presión internacional, emitió la denominada “Directiva 7”, ordenando al VRS: *“Completar la separación física de Srebrenica y Zepa lo antes posible, incomunicando los dos enclaves. A través de un meditado plan de operaciones, se deberá fomentar una situación de inseguridad insoportable, que no de esperanzas de supervivencia a los habitantes de Srebrenica”*¹⁵⁰.

El 4 de junio de 1995, el máximo responsable de UNPROFOR, el francés Bernard Janvier, se reunió secretamente con Ratko Mladic para conseguir la liberación de rehenes –algunos de ellos franceses-, prometiendo a los serbios que no habría más ataques aéreos contra ellos. Esta concesión es significativa, porque la debilidad mostrada por las fuerzas que debían velar por el respeto del Derecho Internacional, reforzó a los serbios en sus propósitos.

El 6 de julio de 1995 comenzó la ofensiva serbia mientras se retiraban los puestos de observación de UNPROFOR. El 11 de julio se tomó la ciudad y comenzaron los asesinatos arbitrarios. Mientras tanto, una sucesión de fallos por parte de las fuerzas internacionales allí desplegadas facilitarían indirectamente la masacre del VRS. El ya reducido contingente DUTCHBAT sólo disponía de un vehículo blindado YPR-765, que al recibir fuego serbio, se retiró. Este suceso provocó la ira de un grupo de bosnios que veían como los supuestos protectores se retiraban, incidente que provocó que un bosnio matara a un soldado holandés. El jefe del DUTCHBAT, el Teniente Coronel Karremans, solicitó apoyo aéreo de la OTAN, que no pudo atacar los objetivos designados por falta de visibilidad primero, y posteriormente por la amenaza serbia de atacar el complejo de Naciones Unidas. La tarde del 11 de julio Ratko Mladic y otros oficiales caminaban triunfantes por las calles de Srebrenica, y esa misma noche, en unas polémicas grabaciones captadas por la BBC, fueron filmados Mladic y Karremans brindando después de unas tensas negociaciones sobre el futuro de los civiles. La misma tarde del 11 de julio, 25.000 bosnios en estado de pánico se agruparon en la localidad de Potocari, buscando la protección de UNPROFOR.

de otro proceso por parte de la justicia holandesa. La actuación del DUTCHBAT causó tanta impresión en Holanda, que se abrió una investigación y diligencias procesales, llegando a dimitir Wim Kok, Presidente del Gobierno holandés, el 16 de abril de 2002.

¹⁵⁰ Vid.

http://www.vandiepen.com/fileadmin/user_upload/Documenten/PDF/Screbrenica/Srebrenica_stukken_Engels/1_Writ_of_summons.pdf, consultada el 15 de junio de 2016.

El 12 de julio comenzaron los asesinatos, las violaciones, torturas y otros muchos abusos. Existe abundante material testifical que narran numerosos sucesos que muestran la capacidad de degradación del hombre, algunos de ellos cometidos en presencia de los holandeses. El propio 12 de julio los serbios separaron a hombres y mujeres ubicándolos en zonas distintas, continuando con la limpieza étnica, principalmente de varones. El genocidio continuó varios días: el 13 de julio en las inmediaciones del río Jadar, el valle del Cerska y Kravica; el 14 de julio en Tisca, Grbavci y Orahovac; el 15 de julio en Petkovici; el 16 de julio en Branjevo; el 18 de julio en Kozluk y Konjevic Polje; el 19 de julio en Nekuk-Baljovica; y del 20 al 22 en Meces.

III. Las masacres y numerosas violaciones de los principios que rigen el Derecho Internacional sirvieron de acicate para que la comunidad internacional decidiese actuar. Naciones Unidas urgió primeramente a los beligerantes a acatar el Derecho Internacional. Sin embargo, tal exhortación no fue seguida por ninguna de las partes.

La violencia fue alcanzando cotas más altas, surgiendo numerosos informes que hacían referencia a masacres generalizadas de civiles, violaciones en campos donde se recluía a los desplazados, terribles asedios de ciudades, etc. Todo ello motivó que, en 1994, Naciones Unidas estableciese una comisión de expertos¹⁵¹. En este informe¹⁵² se acreditan numerosas violaciones de las Convenciones de Ginebra y otras violaciones de Derecho Internacional. Las conclusiones de este informe –sobre las que luego volveremos-, llevaron al Consejo de Seguridad a establecer un tribunal internacional para conocer de esos crímenes de Derecho Internacional, intentar frenar la violencia y castigar a los responsables.

IV. El 25 de mayo de 1993 el Consejo de Seguridad, mediante la resolución 827 (1993) estableció formalmente el TPIY. Esta resolución tiene su importancia porque constituye el primer tribunal penal internacional desde el TMN y el TMILO. También constituye un hito importante, porque se juzga por primera vez y deja de estar impune el delito de genocidio.

¹⁵¹ La comisión estaba formada por Frits Kalshoven (Holanda), Cherif Bassiouni (Egipto), William J. Fenrick (Canadá), Keba M'baye (Senegal) y Torkel Opsahl (Noruega).

¹⁵² Disponible en http://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf, consultado en fecha 8 de junio de 2016.

De esta resolución 827 (1993) podemos destacar los siguientes puntos:

- Se actúa de acuerdo con el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, esto es, los artículos 39 a 57. El hecho de que el Consejo de Seguridad invoque este capítulo determina que estamos ante una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, susceptible de implementar alguna de las medidas del art. 42, a saber: *“El Consejo de Seguridad (...) podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos, y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros del Naciones Unidas”*.

- Se establece el TPIY para un propósito concreto: juzgar a los responsables de los crímenes que se mencionan en el apartado siguiente, cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991¹⁵³.

- Se regula la competencia del TPIY:

- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra. Los cuatro Convenios de Ginebra, ratificados por 194 Estados, establecen reglas de protección para civiles que en tiempo de guerra no toman parte en las hostilidades¹⁵⁴.

- Violaciones de los usos y costumbres de la guerra¹⁵⁵. En este punto se recogen aquellas infracciones sobre el modo de conducir las hostilidades, que son

¹⁵³ Concretamente su punto segundo establece que: *“Decides hereby to establish an international tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia between 1 January 1991 and a date to be determined by the Security Council upon the restoration of peace and to this end to adopt the Statute of the International Tribunal annexed to the above-mentioned report”*.

¹⁵⁴ El art. 2 del Estatuto establece lo siguiente: *“The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:*

(a) wilful killing; (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments; (c) wilfully causing great suffering or serious injury to body or health; (d) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly; (e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power; (f) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial; (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian; (h) taking civilians as hostages”.

¹⁵⁵ El art. 3 del Estatuto establece que: *“The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:*

punibles; conductas tales como el uso de armas tóxicas, destrucción de bienes protegidos, destrucción de infraestructuras sin justificación militar, etc. El marco legal de estos tipos penales viene constituido principalmente por las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, así como la costumbre en el Derecho Internacional.

- Delito de genocidio: este tipo delictivo está previsto en el art. 4¹⁵⁶ del Estatuto, que no es sino una incorporación de los ya analizados –con ocasión de los procesos de Núremberg-, Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio. El art. 4 describe este delito como “la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. La tentativa, conspiración, provocación y proposición para cometer este delito también se castigan.

- Crímenes contra la humanidad: estos tipos penales, que como hemos analizado fueron desarrollados con ocasión de los estatutos del TMN y el TMILO son competencia del TPIY en virtud del art. 5 de su estatuto¹⁵⁷. El esfuerzo de incorporación de estos delitos a las normativas nacionales es bastante plausible¹⁵⁸.

(a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering; (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings; (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science; (e) plunder of public or private property”.

¹⁵⁶ Explicítamente señala: “1. *The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.*

2. *Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:*

(a) killing members of the group; (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) imposing measures intended to prevent births within the group; (e) forcibly transferring children of the group to another group.

3. *The following acts shall be punishable:*

(a) genocide; (b) conspiracy to commit genocide; (c) direct and public incitement to commit genocide; (d) attempt to commit genocide; (e) complicity in genocide”.

¹⁵⁷ “*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:*

(a) murder;
(b) extermination;
(c) enslavement;
(d) deportation;
(e) imprisonment;

V. En cuanto a las reglas procesales y de práctica de prueba, estas constituyen un cuerpo normativo bastante más completo que los ya expuestos con ocasión de los procesos vistos hasta este momento. Este conjunto de reglas cuya versión original es de 11 de febrero de 1994, siendo la última revisión –concretamente la quincuagésima- es de 8 de junio de 2015, regulan todas las vicisitudes que el TPIY puede acometer en el desempeño de su labor. En la página siguiente insertamos un esquema con las fases procesales ante el TPIY¹⁵⁹.

Es destacable la sección segunda de la parte quinta (reglas 54 a 61), referentes a órdenes de arresto, procedimientos de detención, extradición y cooperación interestatal. Este desarrollo trae causa en el elevado número de fugitivos que había al comienzo de la andadura del TPIY, que hacía peligrar su propia existencia. El mes de julio de 2011 supuso un punto de inflexión, ya que se practicó el arresto del último acusado que permanecía huido de la justicia: Goran Hadzic¹⁶⁰.

Goran Hadzic fue el presidente de la autoproclamada República de Krajina. Este amago de nuevo Estado fue un intento separatista de 4 años de duración (1991-1995) dentro del territorio de Croacia. Cuando Croacia declaró su independencia en 1991, los numerosos serbios que vivían dentro de Croacia (Krajina significa frontera) se alzaron en armas apoyados por Milosevic¹⁶¹.

(f) *torture*;

(g) *rape*;

(h) *persecutions on political, racial and religious grounds*;

(i) *other inhumane acts*".

¹⁵⁸ En España, el Título XXIV del Código Penal lleva por rúbrica "Delitos contra la Comunidad Internacional".

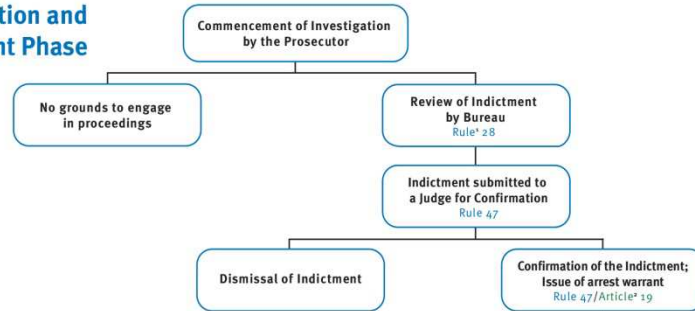
¹⁵⁹ Fuente: <http://www.icty.org/en/about/tribunal/legal-proceedings> en fecha 15 de junio de 2016.

¹⁶⁰ Vid. Press Conference ICTY en https://www.youtube.com/watch?v=jrBK_WXIDVo (consultado el 16 de junio de 2016).

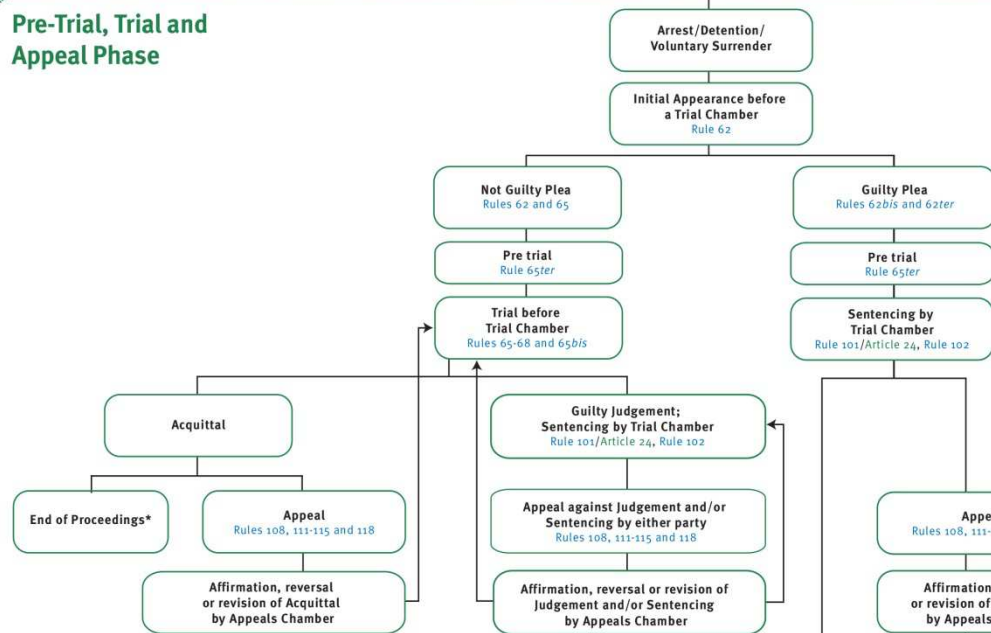
¹⁶¹ Con la Operación Tormenta se restituyó la integridad territorial de Croacia. Esta operación motivó que algunos militares croatas fueran juzgados por el TPIY. Entre otros: Ante Gotovina, Mladen Markac e Ivan Cermate. Sin embargo recurrieron sus condenas interponiendo recurso de apelación, obteniendo finalmente su libertad.

Key Procedural Stages at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

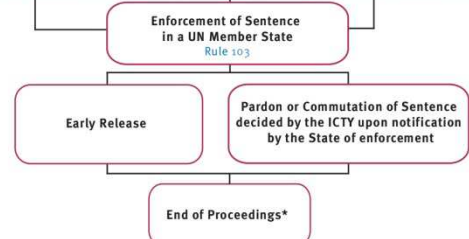
Investigation and Indictment Phase



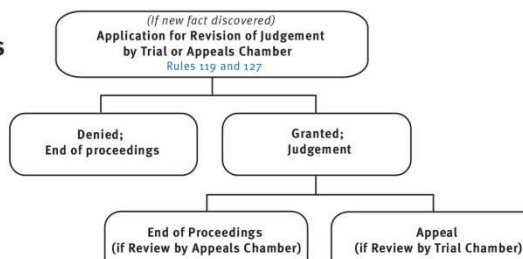
Pre-Trial, Trial and Appeal Phase



Enforcement of Sentences



* End of Proceedings



^{*} Rules refer to the Rules of Procedure and Evidence of the Tribunal
^{**} Articles refer to the Statute of the Tribunal

En este contexto Hadzic fue acusado de cometer crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en el territorio de Eslovenia y Croacia entre 1991 y 1993. Su arresto ha supuesto que ninguno de los 161 acusados haya conseguido evadir la justicia. El arresto se produjo apenas 2 meses después de la detención de Ratko Mladic, que ha sido fugitivo durante 16 años. Estos hechos suponen un hito en lo que a la protección de las víctimas en un conflicto armado atañe.

VI. Al establecerse el TPIY -como hemos visto- en 1993 como un organismo judicial limitado en el tiempo, ha sido necesario articular un proceso en el que, de manera paulatina, se produzca una transferencia hacia los sistemas judiciales domésticos.

Quizá pueda sorprender el amplio espacio de tiempo en relación a la brevedad de otros procesos en sede, por ejemplo, del TMILO. Esto es debido a un mayor desarrollo de las garantías procesales, y sobre todo, al elevado número de acusados evadiendo la justicia.

La denominada “estrategia de conclusión” comenzó en el año 2003 cuando el TPIY se encontraba en su punto álgido en cuanto a sus capacidades. Esta estrategia fue aprobada por las resoluciones 1503 y 1504 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con la intención de no eternizar la labor del TPIY. Está dividida en tres fases:

- Completar todas las investigaciones a finales de 2004. Es un objetivo que ya está cumplido.
- Finalización de las fases de primera instancia a finales de 2008, de todos los procesos en curso hasta ese momento.
- Culminación de todos los procesos a finales de 2010.

No sólo las últimas detenciones han hechos imposible el cumplimiento del objetivo, sino que también la salud de algunos de los imputados ha ralentizado el mismo.

Al quedar enfocada la labor del TPIY al enjuiciamiento de los criminales que ostentaban un mayor rango jerárquico –bien en la estructura gubernamental, bien en la estructura militar-, otras causas han sido transferidas a los sistemas judiciales nacionales, manteniendo el TPIY la supervisión.

La última etapa de esta estrategia de conclusión viene de la mano del denominado “Mecanismo de Tribunales Criminales Internacionales”, MICT por sus siglas en inglés,

establecido por la resolución 1966 (2010) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

El MICT es un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, cuyos cometidos son continuar la jurisdicción del TPIY y el TPIR (Tribunal Penal Internacional para Ruanda) una vez estos ha terminado su mandato¹⁶². Este mecanismo *ad hoc* permite por tanto asegurar las responsabilidades esenciales de estos dos tribunales penales sin necesidad de alargar su existencia en el tiempo.

De manera específica, de acuerdo con el estatuto otorgado al MICT por la resolución 1966 (2010), sus funciones son:

- Buscar y procesar a los fugitivos de ambos tribunales. En el caso del TPIR, nueve acusados aún no han sido detenidos, y tres de ellos –teniendo en cuenta los plazos-, seguramente sean juzgados directamente por el MICT.
- Culminar los procedimientos recurridos en sede del TPIY y el TPIR.
- Conocer los eventuales procesos de revisión del TPIY y el TPIR.
- Llevar a cabo las investigaciones, juicios y apelaciones por desacato y falso testimonio.
- Velar por la protección de las víctimas y testigos del TPIY y del TPIR (y los que declaren en sede de MICT).
- Supervisar la ejecución de las condenas del TPIY, TPIR y las del propio MICT.
- Le corresponde igualmente la asistencia técnica a los distintos sistemas legales nacionales en lo concerniente a la investigación y enjuiciamiento de aquellos casos referentes a crímenes de guerra y otras violaciones de Derecho Internacional Humanitario que puedan llegar a conocer.
- La custodia y administración de los archivos del TPI, TPIR y del propio MICT.

¹⁶² Vid. <http://www.unmict.org/en> , consultado en fecha 16 de junio de 2016.

6.- El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

I. El TPIR, al igual que sucedió con el TPIY, nació como respuesta de la Comunidad Internacional –en este caso sería más propio señalar que por la ausencia de respuesta adecuada en su momento-, después de que la misma quedase consternada por el hecho de no haber intervenido en un conflicto que desembocó en un genocidio que podría haberse evitado, y en el que murieron 800.000 personas en tres meses, principalmente de la etnia tutsi, así como algunos hutus moderados.

II. Concretamente, después de la perpetración de este genocidio, comenzó a tomar forma la “responsabilidad de proteger” (también denominada en la doctrina como R2P), donde la soberanía ya no debe ser entendida únicamente como protección de los Estados frente a injerencias extranjeras, sino que también implica la responsabilidad que tienen los Estados de velar por el bienestar de su población. Esta idea de R2P, que hoy se revela como crucial en el Derecho Penal Internacional, está sustentada en tres pilares recogidos en el Documento Final de la cumbre Mundial 2005¹⁶³, presentes en el informe del Secretario General de 2009 que lleva por rúbrica “Hacer efectiva la responsabilidad de proteger”, y son los siguientes:

a) Incumbe al Estado la responsabilidad primordial de proteger a sus habitantes contra el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, así como la incitación a ellos.

b) La Comunidad Internacional tiene la responsabilidad de alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad.

c) La Comunidad Internacional tiene la responsabilidad de utilizar todos los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios apropiados para proteger a las poblaciones de esos crímenes. Si resulta evidente –y esta conclusión es clave-, que un Estado no protege a su población, la comunidad internacional debe estar dispuesta a adoptar medidas colectivas para hacerlo, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas.

¹⁶³ Consultado en fecha 25 de junio de 2016 en http://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html

III. Retomando el contexto histórico, someramente y sin entrar en la secuencia histórica del odio hutu-tutsi, podemos tomar como referencia el 6 de abril de 1994, fecha en la que el avión que portaba al presidente de Ruanda, Juvenal Habyarimana, y Cyprien Ntaryamira, fue abatido en Kigali. Este suceso hizo que se deshiciera la frágil paz establecida por los Acuerdos de Arusha¹⁶⁴, en el conflicto protagonizado entre el Gobierno de Ruanda y el Frente Patriótico de Ruanda (FPR, que agrupaba a los tutsis). Tradicionalmente los tutsis habían gobernado el país -a pesar de ser una clara minoría-, posición que habían afianzado gracias a la colonización belga, que creó un sistema sociopolítico favorable a los mismos. Este sistema estaba basado en el vasallaje.

El FPR y la facción radical hutu se culparon mutuamente del derribo del avión. Los aproximadamente cien días que siguieron a estos hechos van a constituir un enfrentamiento a gran escala, con 800.000 fallecidos como consecuencia del genocidio –muchos de ellos muertos a machetazos-, sin contar los cientos de miles de mujeres violadas, cientos de miles de desplazados, etc. Teniendo en cuenta los datos y testimonios que hay sobre este genocidio, conviene señalar que no fue exactamente un genocidio de hutus contra tutsis, sino de un grupo radical de hutus que cometió genocidio contra los tutsis y otros hutus moderados; a su vez, también hubo miles de hutus asesinados por el FPR.

El día 7 de abril, la Primera Ministra Agathe Vwilingiyamana y 10 soldados belgas de las fuerzas de la ONU fueron asesinados por la guardia presidencial, acusando al contingente de la ONU de haber derribado el avión en el que viajaba Juvenal Habyarimana¹⁶⁵.

El 8 de abril el FPR atacó los alrededores de Kigali buscando proteger a los tutsis. El 9 de abril se formó un gobierno interino presidido por Jean Kambanda, sin que se incluyese ningún tutsi ni hutu moderado. Al tomar la facción radical el poder, los

¹⁶⁴ Los Acuerdos de Arusha tuvieron lugar entre julio de 1992 y agosto de 1993. Preveían la integración política y militar término de los diversos componentes internos y externos de la nación de Ruanda y la salida de las tropas francesas (a partir de agosto de 1992). Una misión de la ONU, la UNAMIR, fue creada el 5 de octubre 1993 para garantizar su aplicación.

¹⁶⁵ Vid. el artículo de Simon Adams en http://www.huffingtonpost.com/simon-adams/rwanda-genocide-anniversary_b_4613571.html , consultado el 5 de julio de 2016. En enero de 2012, una investigación dirigida por los franceses llegó a la conclusión de que el misil que derribó el avión presidencial no pudo provenir de ningún establecimiento militar dirigido por el FPR. Existe una teoría no exenta de fundamento, que afirma que fue la facción radical hutu la que planificó el derribo para comenzar el conflicto.

Interahamwe¹⁶⁶ comenzaron las matanzas y todo tipo de tropelías. Ese mismo día Bélgica y Francia sacan a todos los nacionales del país, desentendiéndose de los ruandeses.

El 11 de abril, un comunicado de la Cruz Roja Internacional informa de que miles de ruandeses están siendo asesinados. El 14 de abril el contingente belga se retira. El 20 de abril Boutros-Ghali, Secretario General de Naciones Unidas en aquel momento, ordenó un “inmediato y masivo refuerzo de UNAMIR para parar la contienda y las masacres, requiriendo varios miles de tropas adicionales y reforzar los poderes bajo el Capítulo VII”. Paradójicamente el Consejo de Seguridad votó reducir paulatinamente la misión UNAMIR¹⁶⁷. El 25 de abril las fuerzas de la ONU ya solo tenían desplegados 503 soldados. Un nuevo informe de la Cruz Roja Internacional de 21 de abril, señaló que el número de muertos se contaba ya por decenas de miles. El 30 de abril el FPR atacó masivamente el noroeste del país, provocando que 250.000 buscasen refugio en Tanzania.

El 13 de mayo el Secretario General de la ONU anunció una votación para restaurar UNAMIR, que fue retrasada por 4 días. A principios del mes de junio el FPR se reorganiza en el nordeste del país, y en el oeste la guerrilla tutsi llamada Ejército de Liberación de Ruanda (ALIR). El 22 de junio el Consejo de Seguridad autoriza de forma temporal al gobierno francés a crear un área de seguridad en la zona, poniendo en marcha la llamada “Operación Turquesa”, que resultó insuficiente para poner fin al genocidio. A mediados de julio el FPR tomó Kigali –la capital-, huyendo el gobierno radical hutu a Zaire, junto con 2 millones de hutus. Ese es precisamente el momento que se suele tomar como punto de referencia de fin del genocidio, aunque miles de personas continuaron muriendo como consecuencia de las enfermedades, los desplazamientos, falta de atención médica básica, etc.

IV. El TPIR se estableció mediante la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹⁶⁸ para “perseguir a las personas responsables del genocidio y otras violaciones del DIH, cometidas en el territorio de Ruanda y otros Estados vecinos entre

¹⁶⁶ Eran la milicia paramilitar del partido hutu radical MRDN: Movimiento Nacional para el Desarrollo.

¹⁶⁷ Vid. resolución del Consejo de Seguridad 912. Concretó una reducción de soldados a 270.

¹⁶⁸ Vid. [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20\(1994\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/955%20(1994)) , consultada el 29 de junio de 2016.

el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994”. Desde 1995, año en el que comenzó a desarrollar su labor, 93 personas han sido acusadas. De esas 93, 61 han sido condenadas, 10 han sido transferidas a la jurisdicción ruandesa, 3 han muerto antes de la finalización del proceso, 2 acusaciones fueron retiradas antes del juicio, y 14 personas han sido absueltas. La competencia respecto de 3 fugitivos ha sido transferida al MICT.

Naturalmente, la resolución 955 del Consejo de Seguridad encuentra asidero en los artículos 39 a 41 (Capítulo VII de la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945 como vimos con ocasión del TPIY). Esto quiere decir que, nuevamente, se invoca la potestad que ostenta el Consejo de Seguridad para determinar cuándo una situación puede representar una amenaza para la paz y seguridad, posibilitando al mismo tiempo la adopción de medidas necesarias para revertir esa amenaza, e imponiendo las medidas que estime oportunas para hacer efectiva la hoja de ruta que se adopte.

La resolución 955, que dota igualmente de Estatuto al TPIR, dada la naturaleza internacional que ostenta, presenta la ventaja de que posteriormente se va a transmitir a la CPI que evita la justicia vengativa en un conflicto tan cainita como el ruandés, y facilita búsqueda de fugitivos.

En el plano de la reconciliación –importante en la reconstrucción del Estado cuando se encuentran involucrados los organismos jurisdiccionales locales-, se han tomado como ejemplo algunas de las facetas del proceso de justicia transicional de Sudáfrica. Concretamente las cortes “gacaca”¹⁶⁹, que posibilitan que la población confiese abiertamente la comisión de un crimen, intentando demostrar que se actuó de una determinada manera porque uno se vio compelido a ejecutar determinada acción, al objeto de lucrar una amnistía o un atenuante.

V. La organización del TPIR es análoga a la del TPIY. Está compuesto por tres órganos: las Salas, la Fiscalía y la Secretaría. Existen tres Salas de Primera Instancia, junto con la Sala de Apelaciones, con 16 jueces en total. La Sala de Apelaciones es común para el TPIY y el TPIR, y está integrada por 5 magistrados.

¹⁶⁹ Vid. la entrevista a PAUL KAGAME en la revista *Foreign Affairs* May /June 2014; Vol. 93; number 3; págs. 40-48.

VI. En cuanto a la competencia del TPIR, hemos de destacar lo siguiente:

- *Ratione personae*: los artículos 5 y 6 del Estatuto recogen¹⁷⁰ como es obvio, de acuerdo con el desarrollo ya descrito con anteriores tribunales, la responsabilidad individual, de forma que únicamente las personas físicas pueden ser juzgadas. A su vez, el art.1 especifica previamente que el TPIR también puede conocer de los delitos cometidos en Estados vecinos. Obviamente, y en consonancia con el desarrollo ya analizado, el estar revestido de autoridad no exime de responsabilidad penal¹⁷¹.

- *Ratione temporis*: el art. 7 del Estatuto¹⁷² establece un espacio temporal que abarca desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1994. En razón de este espacio temporal se originó un debate, ya que algunos entendieron que los actos no podían circunscribirse de manera tan exacta. Y ello porque el genocidio incluía un proceso de gestación y actos criminales previos a esa fecha¹⁷³.

- *Ratione loci*: los arts. 1 y 7 ya reseñados, facultan al TPIR para conocer los delitos que seguidamente se describirán, en Ruanda y territorios vecinos.

¹⁷⁰ El art. 5 establece lo siguiente: “*The International Tribunal for Rwanda shall have jurisdiction over natural persons pursuant to the provisions of the present Statute*”.

El art. 6 señala que:

“1. *A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.*

2. *The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.*

3. *The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.*

4. *The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him or her of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal for Rwanda determines that justice so requires”.*

¹⁷¹ Vid. el art. 6.2 reseñado en la nota anterior.

¹⁷² La dicción literal del art. 7 es: “*The territorial jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda shall extend to the territory of Rwanda including its land surface and airspace as well as to the territory of neighbouring States in respect of serious violations of international humanitarian law committed by Rwandan citizens. The temporal jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda shall extend to a period beginning on 1 January 1994 and ending on 31 December 1994*”.

¹⁷³ Vid. WEMBOU, DJIENA: “Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, Revista Internacional de la Cruz Roja nº 144, nov-dic 1997, págs. 731-740. Este autor estimó que es precisamente el acotamiento temporal el que ha permitido que el TPIR reciba apoyo.

- Ratione materiae: el TPIR está facultado para conocer, de acuerdo con los arts. 2, 3 y 4 del Estatuto de los delitos consistentes en crímenes de lesa humanidad¹⁷⁴, las violaciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁷⁵ y del Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de víctimas de conflictos armados de carácter no internacional, y del delito de genocidio¹⁷⁶.

VII. En lo tocante a las reglas procesales¹⁷⁷ –que incluye aquellas que hacen referencia a la práctica de prueba-, fueron aprobadas el 29 de junio de 1995, y hasta en veintitrés ocasiones han sido modificadas, principalmente para añadir alguna vicisitud no prevista.

¹⁷⁴ El art. 3 establece que: “*The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds:*

- a) *Murder;*
- b) *Extermination;*
- c) *Enslavement;*
- d) *Deportation;*
- e) *Imprisonment;*
- f) *Torture;*
- g) *Rape;*
- h) *Persecutions on political, racial and religious grounds;*
- i) *Other inhumane acts.”*

¹⁷⁵ El art. 4 señala que: “*The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to:*

- a) *Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment;*
- b) *Collective punishments;*
- c) *Taking of hostages;*
- d) *Acts of terrorism;*
- e) *Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault;*
- f) *Pillage;*
- g) *The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognised as indispensable by civilised peoples;*
- h) *Threats to commit any of the foregoing acts”.*

¹⁷⁶ La literalidad del art. 2 es la que sigue: “1. *The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article*

2. *Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:*

- a) *Killing members of the group;*
- b) *Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
- c) *Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
- d) *Imposing measures intended to prevent births within the group;*
- e) *Forcibly transferring children of the group to another group”.*

¹⁷⁷ Vid. <http://unictr.unmict.org/en/documents/rules-procedure-and-evidence> , última consulta 3 de julio de 2016.

Son 126 artículos en los que, al igual que el TPIY, se regula la organización del tribunal, el funcionamiento interno (y los respectivos quorum necesarios en cada votación), conducción de las investigaciones, derechos del acusado, las imputaciones, arrestos, fianzas, práctica de pruebas o procedimientos de apelación entre otros. Sobre algunos de estos aspectos volveremos más adelante, cuando analicemos el proceso ante la CPI.

Dentro de los condenados, podemos destacar a Jean Paul Akayesu, que fue arrestado en Zambia en octubre de 1995, y ha sido condenado a cadena perpetua en Mali por perpetrar un delito de genocidio. Se convierte así en el primer condenado de la historia en relación al delito de genocidio¹⁷⁸.

Lo ya expuesto sobre la labor de MICT es aplicable al TPIR, pues es su razón de ser, junto al TPIY. Tres imputados continúan fugitivos, y será un juez ya del MICT quien conozca.

Como valoración crítica de la labor del TPIY y del TPIR, podemos exponer lo siguiente:

1) Constituyen tribunales en los que la Comunidad Internacional queda plenamente integrada.

A diferencia de los ejemplos históricos de Núremberg y Tokio, no constituyen exclusivamente tribunales integrados por unos vencedores que juzgan a los vencidos, sino que es la comunidad internacional, representada por una gran variedad de países, la que participa de los procesos. El actual Presidente del TPIY es CARMEL AGIUS (de la República de Malta), quien ha sido precedido por otros cinco de distintas nacionalidades.

2) Los procesos se estructuran sobre un cuerpo normativo asentado.

Existe –en contraposición a Núremberg y Tokio- un desarrollado cuerpo normativo que clarifica los tipos penales y los bienes jurídicos protegidos en caso de conflicto armado (tanto de carácter internacional como no internacional), recogido principalmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977, y el Convenio para la Prevención del Genocidio ya destacado.

¹⁷⁸ Vid. <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/ictr-akayesu-case-study.htm> , última consulta, el 5 de julio de 2016.

3) Se prevén más garantías para los acusados y existe un mayor desarrollo de normas procesales.

Aunque en Núremberg y Tokio las garantías de los acusados más básicas estaban previstas, se ha producido un claro desarrollo en el que se incluyen todos los derechos incluido el derecho a no declarar no previsto con anterioridad. Las numerosas modificaciones han permitido cubrir todas las vicisitudes.

4) Se prepara el camino para la creación un tribunal penal de carácter permanente.

Si bien el TPIY y el TPIR han ido transfiriendo sus competencias al MICT, aunque se mantienen activos todavía, han servido sin duda para demostrar la necesidad de establecer un tribunal penal internacional de carácter permanente. La conflictividad armada, lejos de menguar, ha ido creciendo. El genocidio y los crímenes de guerra no son actos de siglos pasados sino de plena actualidad.

5) Se desarrolla el concepto de responsabilidad de proteger.

Con la perpetración de los dos genocidios expuestos, se ha desarrollado la doctrina de que es primeramente el Estado quien debe preservar a sus habitantes del genocidio, limpieza étnica y crímenes de guerra. Si el Estado en cuestión no cumple con este deber, la comunidad internacional interviene. En este sentido, se ha preparado el terreno con el TPIY y el TPIR para que se haga patente la necesidad de crear la CPI, que actúe a modo de órgano jurisdiccional dotado de los mecanismos necesarios para prevenir los mismos.

6) Se constata un avance en la protección de las víctimas.

En etapas previas, la protección y posibilidad de personación de las víctimas en el proceso era una cuestión anecdótica. Con el TPIY y el TPIR se ha iniciado un proceso de acercamiento y resarcimiento en relación a las víctimas de los dos conflictos.

CAPÍTULO II.- LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1.- Concepto y naturaleza

I. El 17 de julio de 1998, 120 Estados se mostraron favorables a la adopción del Estatuto de Roma (en adelante ER)¹⁷⁹. De esta manera, se establece por primera vez en la historia de la humanidad un acuerdo por el cual numerosos Estados aceptan que, llegado el caso, un órgano jurisdiccional de carácter permanente y ajeno a sus propias estructuras estatales, juzgue los más importantes crímenes del Derecho Penal Internacional (DPI), cometidos en su territorio o por sus nacionales, con posterioridad al 1 de julio de 2002.

Naturalmente, la culminación de este proceso viene de la mano del asentamiento de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales¹⁸⁰, y de la ausencia de un órgano punitivo cuando los mismos no son observados. En este marco, la piedra angular del proyecto de establecimiento de la CPI ha sido la ratificación del ER, en el contexto de una conferencia internacional convocada por la ONU en el verano de 1998. La característica más destacable de esta conferencia es la amplia participación, ya que además de estar presentes los Estados miembros y observadores de la ONU, participaron organizaciones de la sociedad civil¹⁸¹, así como el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Esta Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de la ONU para el establecimiento de la CPI, fue convocada por la Resolución 52/160 de la Asamblea General de la ONU¹⁸². Como datos característicos que nos permitan contextualizar el desarrollo de la Conferencia, hemos de destacar los siguientes¹⁸³:

- Estados participantes: 160.
- Organizaciones intergubernamentales acreditadas: 20.
- Agencias Especializadas acreditadas: 14.
- Organizaciones No Gubernamentales acreditadas: 300.

¹⁷⁹ Vid. Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional en : https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf

¹⁸⁰ Vid. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

¹⁸¹ Vid. <http://www.iccnw.org/?mod=coalition&lang=es>. Se encontraban agrupadas en la Coalición por la Corte Penal Internacional, que agrupa actualmente unas 2500 organizaciones de 150 países.

¹⁸² Consultada en <http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/finalfra.htm> en fecha 25 de agosto de 2016.

¹⁸³ Vid. LEE, ROY: "The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results". Kluwer Law International, Países Bajos, 1999, págs. 1-4.

El ER, sobre el que más adelante volveremos, entró en vigor el 1 de julio de 2002, después de reunirse las 60 ratificaciones requeridas por el propio instrumento. En el año 2016, el número aparece incrementado, pues son 124 Estados los que han ratificado el ER¹⁸⁴. Ello indica que si son 193 los Estados de la ONU, el consenso es bastante alto. A este número de Estados que han ratificado el ER, hay que añadir otros sujetos activos como Palestina o las Islas de Cooke. Entre las ausencias debemos distinguir dos grupos.

Por un lado, encontramos a aquellos Estados que han firmado, pero no ratificado, el ER¹⁸⁵. El derecho de los tratados obliga a estos Estados a abstenerse de aquellos actos por los cuales se frustre el objeto y fin del tratado¹⁸⁶, hasta que declaren que no tienen intención de ser parte en el mismo. En este sentido, hay tres Estados –Israel, Estados Unidos y Sudán– que han informado al Secretario General de Naciones Unidas su intención de desvincularse completamente de cualquier obligación legal contraída¹⁸⁷.

Por otro lado, 41 Estados miembros –entre los que se encuentran China, India, Pakistán, Turquía o Arabia Saudí entre otros–, no han firmado ni ratificado el ER. Este grupo es el más crítico con la existencia de la CPI.

Finalmente, cabe destacar el caso de Ucrania que, aun no siendo parte del ER, ha aceptado la jurisdicción de la CPI, por aquellos crímenes cometidos con posterioridad al 20 de febrero de 2014, posibilidad prevista en el art. 12.3 del ER¹⁸⁸.

En consecuencia, aunque sean 124 los Estados parte del ER, las ausencias reseñadas indican que más de la mitad de la población mundial queda fuera del ámbito de

¹⁸⁴ Vid. https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Consultada el 28 de agosto de 2016.

¹⁸⁵ Son 31 Estados, entre los que se encuentran Irán, Rusia, Estados Unidos, Argelia, Egipto e Irán.

¹⁸⁶ El art. 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados señala que: “*Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:* a) *si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado;* o b) *si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente*”.

¹⁸⁷ Vid. la carta enviada por John Bolton a Kofi Annan el 6 de mayo de 2002. En ella podemos leer textualmente lo siguiente: “Dear Mr. Secretary-General: This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty. Disponible en <http://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm>”; consultada en fecha 1 de septiembre de 2016.

¹⁸⁸ Concretamente se refiere a que: “*Si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX*”.

competencias de la CPI. No obstante, en relación a los tribunales examinados con ocasión de la parte histórica, la CPI cuenta con el respaldo de la comunidad internacional. Y ello por haber participado en la Conferencia 160 Estados con 127 votaciones a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra de su constitución¹⁸⁹.

II. Para un eficaz estudio de la CPI, hemos de analizar previamente el ER al que venimos haciendo alusión, esto es, su instrumento jurídico constitutivo. El ER reviste el ropaje jurídico de un tratado multilateral. En lo concerniente a esta cuestión, varias fueron las opciones que se plantearon para la institución de la CPI. Por un lado, se estudió la posibilidad de que su nacimiento se canalizase a través de una Resolución de la Asamblea General de la ONU, creándose un órgano subsidiario, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la Carta de NU¹⁹⁰. Por otra parte, también se estudió la posibilidad de modificar la Carta de NU, incluyendo en su articulado la existencia de la CPI. También se sugirió la posibilidad de que, el Consejo de Seguridad –mediante resolución en el marco del Capítulo VII, esto es, acciones en caso de amenazas a la Paz, quebrantamientos de la Paz o actos de agresión-, crease un órgano subsidiario según el art. 29 de la Carta de NU¹⁹¹. Por último, se planteó, y prevaleció como forma más adecuada, la creación de la CPI a través de un tratado multilateral, como institución internacional independiente.

En el caso de España, el hito de referencia es el artículo único de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que establece que: “*Se autoriza la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado por España el 18 de julio de 1998*”. Este proceso de ratificación siguió, por tanto, lo dispuesto en el art. 93 de la Constitución española¹⁹².

¹⁸⁹ Vid. MEDELLÍN URQUIAGA, ARJONA ESTÉVEZ Y GUEVARA B.: “Manual Básico sobre la Corte Penal Internacional”, editado por la KONRAD ADENAUER STIFTUNG, 2009, págs. 25-34.

¹⁹⁰ Este artículo 22 recoge lo siguiente: “*La Asamblea General podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones*”.

¹⁹¹ El artículo 29 señala que: “*El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones*”.

¹⁹² Vid. BOE núm. 126 de fecha 27 de mayo de 2002.

El ER es, en razón de su creación *ex novo* como órgano independiente de la ONU, un complejo acuerdo internacional con normas de distinta naturaleza, a saber¹⁹³:

- Normas sustantivas. Aquellas que contienen la descripción de los tipos penales en relación a los cuales, la CPI puede ejercer su competencia. Igualmente, contiene otros referentes a la determinación de la responsabilidad penal individual de la persona, así como otros principios generales de Derecho Penal.

- Normas procesales. Son las que regulan el proceso penal ante la CPI en cada una de sus fases, y que serán objeto de un estudio pormenorizado en otro capítulo.

- Normas generales. Son las relativas a la interpretación y aplicación del ER como tratado internacional. En relación a este aspecto, el art. 120 ER¹⁹⁴ no admite reservas, a fin de preservar la integridad del sistema. Esto quiere decir, obviamente, que ningún Estado puede –en el momento de firmar, ratificar o aceptar el ER-, dar por hecho que alguna disposición del tratado no le es aplicable. No obstante, los Estados sí están autorizados a presentar declaraciones interpretativas. Concretamente, la disposición adicional única de la Ley Orgánica 6/2000 citada, establece que: “A efectos de lo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente declaración:

*España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no excede del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española”*¹⁹⁵.

- Normas orgánicas. Son las que hacen referencia al establecimiento, organización y funciones de la CPI.

Estos cuatro aspectos quedan recogidos en 128 artículos, que quedan completados, principalmente, con las reglas del procedimiento.

¹⁹³ Vid. MEDELLÍN URQUIAGA, ARJONA ESTÉVEZ Y GUEVARA B., op. cit. pág. 27.

¹⁹⁴ El art. 120, literalmente dispone que: “No se admitirán reservas al presente Estatuto”.

¹⁹⁵ Vid. BOE núm. 239, de fecha 5 de octubre del 2000.

III. Examinando ahora el concepto de CPI, estimamos que la manera de exponerlo seguida por el jurista alemán KAI AMBOS¹⁹⁶ es la más ilustrativa, por lo que la seguiremos a grandes rasgos. En el análisis e interpretación de los elementos conceptuales que en ella se hace, se sirve de la literalidad del art. 1 ER como punto de partida:

“Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”.

1.- “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional”: se trata, por tanto, de un órgano jurisdiccional, principal elemento conceptual. Sin embargo, como pone de relieve KAI AMBOS, la referencia a la institución “por el presente”, no conlleva la adopción del Estatuto de 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Roma, sino el 1 de julio de 2002, fecha en la que comienza a desplegar sus efectos de acuerdo con el art. 126. Fue, en consecuencia, el 1 de julio de 2002, la fecha en la que este órgano jurisdiccional comenzó su andadura. Cualquier crimen competencia de la CPI cometido con anterioridad, no podía ser juzgado¹⁹⁷.

2.- “Es una institución permanente”: sobre esta cualidad, KAI AMBOS extrae dos interesantes ideas¹⁹⁸. La primera es que con la experiencia adquirida después de la Segunda Guerra Mundial, con crímenes contra el Derecho Internacional, la comunidad internacional experimentó la necesidad de una institución permanente que reaccionase con prontitud. La segunda es consecuencia de la primera, y se refiere a la ventaja de evitar tener que constituir tribunales *ad hoc* por crímenes particulares. De esta manera, se asegura la conciencia de una jurisdicción penal internacional. Finalmente, los escenarios de justicia transicional surgidos con posterioridad a la Conferencia de Roma, han demostrado la perfecta compatibilidad entre la CPI y los órganos jurisdiccionales de naturaleza híbrida (como por ejemplo, Sierra Leona y Camboya).

¹⁹⁶ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI: “The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary”, editorial CH BECK, tercera edición, Múnich, págs. 17-21.

¹⁹⁷ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI, op. cit.: pág. 17. Esta idea es desarrollada ampliamente por los autores.

¹⁹⁸ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI, op. cit.: pág. 18.

3.- “Facultada para ejercer su jurisdicción de conformidad con el presente Estatuto”: como pone de relieve el jurista alemán “la Corte no tiene potestad sobre ningún crimen de Derecho Penal Internacional, a no ser que sea uno de los crímenes enumerados en el Estatuto. A diferencia del TPIY, en relación a la decisión jurisdiccional sobre *Tadic* de 2 de octubre de 1995, no puede extender su jurisdicción invocando la costumbre de Derecho Internacional”¹⁹⁹.

Es importante también la mención –que viene incluida en el epígrafe anterior-, referente al hecho de ejercer esa jurisdicción sobre personas que hayan cometido los más graves crímenes de trascendencia internacional. Únicamente las personas naturales pueden ser juzgadas en la CPI.

Además, ha de destacarse que el ejercicio de esta jurisdicción es complementaria a las jurisdicciones nacionales. El concepto de complementariedad queda abordado en el art. 17 ER, y hace alusión a cuestiones de admisibilidad. La complementariedad, implica que las jurisdicciones nacionales tienen prioridad para conocer, salvo que el Estado competente no quiera o no sea capaz de llevar a cabo una investigación o instrucción de los hechos. Como explica KAI AMBOS²⁰⁰, el concepto de complementariedad ha ido evolucionando hacia lo que se ha venido a denominar “complementariedad positiva”, que consiste en una interacción entre la CPI y los sistemas legales domésticos, al objeto de mejorar el cumplimiento de los deberes preferentemente internos. Esta actividad desplegada por la CPI puede concentrarse, por ejemplo, en presionar para que los Estados Parte implementen el ER en la legislación nacional respectiva, o a fortalecer el imperio de la ley dentro de la jurisdicción, favoreciendo así los sistemas legales nacionales.

4.- “La competencia y funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”: como apunta KAI AMBOS²⁰¹, el ER es la principal fuente legitimante. Esta referencia es básica, pues la normativa subsidiaria –por ejemplo las que regulan la práctica de prueba-, emanan de esta autorización a la CPI²⁰².

¹⁹⁹ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI, op. cit.: pág. 18.

²⁰⁰ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI, op. cit.: pág. 20.

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Así, por ejemplo el art. 51.1 del ER dispone que: “*Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes*”.

IV. Examinado el concepto y la creación de la CPI, procede ahora examinar su naturaleza jurídica. En este sentido, el art. 4 del ER establece lo siguiente:

“4.1 La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.

4.2 La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado”.

Se atribuye así a la CPI una personalidad jurídica tanto en el plano interno como en el externo. En otros preceptos del ER podemos encontrar concreciones de esa personalidad jurídica de la CPI, como por ejemplo, la conclusión de un acuerdo de la CPI con las NU, es decir, entre dos organizaciones internacionales. Así, el art. 2 del ER establece que:

“La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta”.

O la posibilidad de concluir acuerdos con el Estado anfitrión, que refleja el art. 3 del ER:

“1. La sede de la Corte estará en La Haya, Países Bajos (“el Estado anfitrión”).

2. La Corte concertará con el Estado anfitrión un acuerdo relativo a la sede que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.

3. La Corte podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

Otra manifestación de esta atribución de personalidad jurídica –como una organización internacional más-, la encontramos en los privilegios e inmunidades que

A su vez, el art. 52.1 señala que: “Los magistrados, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobarán por mayoría absoluta el Reglamento de la Corte que sea necesario para su funcionamiento ordinario.

ostenta la CPI, que aparecen manifestados en el art. 48 del ER, cuya dicción dispone lo siguiente:

“1. La Corte gozará en el territorio de cada Estado Parte de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones

2. Los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos y el Secretario gozarán, cuando actúen en el desempeño de sus funciones o en relación con ellas, de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas y, una vez expirado su mandato, seguirán gozando de absoluta inmunidad judicial por las declaraciones hechas oralmente o por escrito y los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales.

3. El Secretario Adjunto, el personal de la Fiscalía y el personal de la Secretaría gozarán de los privilegios e inmunidades y de las facilidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con el acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte.

4. Los abogados, peritos, testigos u otras personas cuya presencia se requiera en la sede de la Corte serán objeto del tratamiento que sea necesario para el funcionamiento adecuado de la Corte, de conformidad con el acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte.

5. Se podrá renunciar a los privilegios e inmunidades:

a) En el caso de un magistrado o el Fiscal, por decisión de la mayoría absoluta de los magistrados;

b) En el caso del Secretario, por la Presidencia;

c) En el caso de los Fiscales Adjuntos y el personal de la Fiscalía, por el Fiscal;

d) En el caso del Secretario Adjunto y el personal de la Secretaría, por el Secretario”.

Finalmente, podemos aludir a la capacidad de la CPI para concluir un acuerdo con un Estado que no es parte del ER, para prestar cooperación internacional y asistencia judicial. Así, el art. 87.5 del ER manifiesta que:

“a) La Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea parte en el presente Estatuto a prestar la asistencia prevista en la presente Parte sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada.

b) Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto”.

Como ponen de relieve LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ: “Las facultades a las que se refieren estas disposiciones, así como el hecho de que la CPI se haya dotado de un sistema institucional y de financiación propio, constituyen elementos clave para la determinación de la naturaleza jurídica de la Corte”²⁰³. También han indicado que: “En efecto, la cesión a la CPI de la competencia penal de la que son titulares los Estados, la capacidad para concluir acuerdos con Estados y otras organizaciones internacionales, el disfrutar de privilegios e inmunidades y la disposición de un sistema institucional y de financiación propio, son todos elementos que pueden interpretarse como manifestaciones de la personalidad de una nueva organización internacional, cuya originalidad viene determinada por las funciones judiciales que le han sido atribuidas por los Estados miembros y por las repercusiones que tales funciones tienen sobre su estructura orgánica y su funcionamiento”²⁰⁴.

En suma, podemos afirmar que son tres las notas que definen la naturaleza jurídica de la CPI. En primer lugar, la CPI ha sido creada por un tratado internacional, lo que manifiesta de forma clara su configuración como una organización internacional. Se aprecian así las características predicables de cualquier organización internacional, a saber, un sujeto de Derecho Internacional derivado, creado por Estados, dotado de una estructura internacional permanente e independiente, en cuyo seno, y a través de procedimientos de complejidad variable, elabora una voluntad jurídica distinta de la de sus Estados miembros, destinada a realizar las competencias que le han sido atribuidas²⁰⁵. Estamos, en este sentido, ante una organización internacional con

²⁰³ Vid. LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA: “La Corte Penal Internacional, Justicia *versus* Impunidad”; editorial Ariel Derecho, 1ª edición (2001), pág. 69.

²⁰⁴ Vid. LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, op. cit., pág. 97.

²⁰⁵ Es la definición que propone DÍEZ DE VELASCO, MANUEL en: “Instituciones de Derecho Internacional Público”, editorial Tecnos, 2ª edición (1997), pág. 79.

vinculación con NU, pero independiente de ésta²⁰⁶, permanente y complementaria a las organizaciones nacionales.

En segundo lugar, la CPI tiene vocación universal, ya que todos los Estados pueden ser parte del ER, siempre que éste no sea admitido con reservas²⁰⁷. También pueden ser parte los Estados libres asociados, como las Islas Cook, cuya representación internacional es ostentada por Nueva Zelanda.

En tercer lugar, la CPI tiene atribuida personalidad jurídica internacional. Ello conlleva, como pone de relieve CAROLINA SUSANA ANELLO “la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones internacionales y prevalerse de esos derechos por vía de reclamación internacional, a la que se atribuye la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos (art. 4.1)”²⁰⁸.

²⁰⁶ El art. 2 del ER se expresa en los siguientes términos: “*La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta*”.

²⁰⁷ El art. 120 del ER, dice escuetamente que: “*No se admitirán reservas al presente Estatuto*”.

²⁰⁸ Vid. SUSANA ANELLO, CAROLINA: “Corte Penal Internacional”, editorial Universidad, edición única (2003), pág. 42.

2.- Fundamento, finalidad y alternativas

I. En nuestra época, lejos de haberse alcanzado un nivel aceptable de estabilidad mundial, o al menos, haber llegado una situación tolerable de violencia, la desestabilización es cada vez mayor. El hecho de que Europa –y Europa ya no es el centro del mundo- esté gozando de su mayor época de paz y prosperidad, no debe constituir óbice para percatarnos de que nos encontramos en un mundo cada vez más violento, con más guerras como se ha denominado tradicionalmente, aunque en la actualidad de utilicen términos más ambiguos o generales. Y es que, como ha destacado el historiador israelí AZAR GAT: “la cooperación, la competición y el conflicto violento son las tres formas fundamentales de interacción social. Las personas siempre han tenido que escoger entre ellas, y siempre han decidido en función de cuál de ellas les parecía más prometedora”²⁰⁹. Así las cosas, cabe preguntarse cómo ha ido evolucionando la violencia, y qué función puede desempeñar la CPI para paliarla.

La violencia ejercida hoy en día, que es la base de los conflictos latentes, está vertebrada sobre tres ejes²¹⁰: explotación económica, violencia lúdica y violencia política.

En efecto, desde los orígenes de la revolución industrial hasta nuestra época, una de las formas predominantes de la violencia se manifiesta en la injusta distribución de la riqueza. No es que antes no hubiese una injusta distribución de esta, sino que en este periodo histórico la acentuación de la disparidad de tal distribución, además de agravarse, ha conllevado una mayor manifestación de violencia como consecuencia de la subordinación generalizada de otros elementos al beneficio. Este hecho ha enmarcado la relación existente entre el economicismo -concesión de la primacía a los factores económicos sobre los de cualquier otra índole- y violencia; consecuencia, por decirlo con otras palabras, de la primacía del dinero sobre la dignidad personal, e incluso sobre la propia vida. Es, en síntesis, el patrocinio de una concepción de la vida que ha llevado a mercadear con los aspectos inalienables de la persona: trabajos forzados, prostitución, etc. Esta violencia económica también ha sido ejercida por otras concepciones como la marxista, cuya doctrina, lejos de liberar al hombre de las penurias que lo atormentaban,

²⁰⁹Vid. GAT, AZAR: “Providing Communal Warfare Among Hunter-Gatherers: The Quasi –Rousseauan Error”, publicado en la revista “Evolutionary Anthropology” núm. 24, págs. 111-126, año 2015.

²¹⁰ Así ha sido destacado por JESÚS BALLESTEROS, a quien hemos seguido en esta distinción. Vid. “Repensar la Paz”, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006, págs 20-26.

lo empujó hacia una violenta lucha de clases, cuyo resultado final fue la esclavitud respecto de unos medios de producción, en un marco de intromisión estatal en todos los aspectos de la existencia. Algunos escritos que denunciaban tal situación hace casi un siglo, parecen plenamente vigentes:

“La anomalía jurídica y moral en que se encuentra actualmente la actividad económica es de una gravedad excepcional, habida cuenta del desarrollo extraordinario, desconocido hasta ahora, que han tomado en los dos últimos siglos las funciones económicas. Mientras que antes no tenían más que un papel secundario, actualmente poseen la preeminencia de rango. Estamos lejos de aquellos tiempos en que eran desdeñosamente abandonadas a las clases inferiores. Ante la economía, retroceden día a día en importancia las funciones militares, administrativas, religiosas. Aun la misma conciencia conserva su prestigio en la medida que puede servir a las profesiones económicas”²¹¹.

En segundo lugar podemos identificar una violencia lúdica, que arrastra una pérdida de valores morales y culturales que animalizan, por así decir, al hombre. En contra de lo que pudiera pensarse, y con motivo de las razones que seguidamente se expondrán, constituye una importante fuente de generación de violencia. Por distintas causas, entre las que podemos destacar la reducción de la razón a las dimensiones tecnológicas, donde se propugna la idea de que sólo el cálculo de la ciencia y la técnica poseen objetividad y consistencia, así como la crisis identitaria del hombre, se ha limitado la razón a la tecnología. Se dificulta así, que la razón se plantee cuestiones tales como el sentido de la vida, la muerte, y, en general, cualquier proyecto que implique cierta trascendencia o humanismo. Como ha destacado JESÚS BALLESTEROS: “Esta exaltación de la “arqueología”²¹² como único terreno de la realización del hombre conduce al narcisismo, esto es, a la ausencia de todo sentido del límite y de la culpabilidad madura. Pero este narcisismo puede ser individual, lo que puede llamarse “consumismo”, “hedonismo”, “esteticismo”, “espontaneísmo”, o “permisivismo”, o colectivo, lo que puede llamarse politicismo o fanatismo. En ambos casos, la conclusión es el desprecio

²¹¹Son palabras del sociólogo EMILE DURKHEIM, en: “De la division du travail social”, de. Alcan, París, 1926, págs. 2 y siguientes.

²¹²Con el término arqueología el autor designa a todo aquello que le viene dado al hombre por sus tendencias y deseos, y que desde una visión propiamente humanista, debería pasar a ser conservado, pero al mismo tiempo superado en el plano del proyecto, de la teleología, de la libertad

del otro en cuanto a tal, y en consecuencia la violencia”²¹³. En opinión de dicho autor, las raíces de la proliferación de todo tipo de violencia -salvo la económica y la propiamente política que luego explicaremos-, ha de encontrarse en la concepción de un mundo basado en el hedonismo consumista. Ello le ha llevado a pensar que la variada tipología de la delincuencia común: homicidios, violaciones, robos, violencia callejera, etc., guarda relación con el libertinaje imperante en la sociedad permisiva, y tanto más, con determinado tipo de delitos como las vejaciones a personas desvalidas, el aborto o la eutanasia. Este “permisivismo” o “ludismo” que, tiene también como manifestaciones la ausencia de culpabilidad y el infantilismo adulto²¹⁴, desemboca en una concepción lúdica de la existencia: la vida como un juego. Esta construcción constituye el armazón sobre un que se enhiesta la violencia. En este sentido son llamativas las manifestaciones de violencia en el ocio (producciones cinematográficas, videojuegos, etc.), como el enfoque que se da a la misma, que se llega a tildar de terapéutica.

En tercer lugar encontramos la violencia política, que tiene una doble manifestación: el totalitarismo ejercido desde el poder asentado, y el terrorismo practicado por aquellas personas ajenas a las instancias de poder, y que aspiran a detentarlo. Hay dos notas características que lo diferencian de las anteriores, a saber, la colectividad de quienes lo ejercen, y su intencionalidad de desgajar al individuo de la comunidad política. Este tipo de violencia está, naturalmente, más relacionado con la CPI, como analizaremos en el capítulo cuando examinemos su ámbito objetivo. Bajo este tercer grupo clasificatorio añadimos, en síntesis, todas aquellas concepciones políticas fanatistas que postran al individuo a sistemas gregarios que anulan los derechos más elementales. Como gráficamente describió FIODOR DOSTOIEVSKI, a través de un personaje político en una de sus obras: “Obediencia completa, impersonalidad completa... todos esclavos y en la esclavitud iguales”²¹⁵. En este aspecto, en el siglo XX se han desarrollado dos sistemas que han ejercido la violencia política en grado extremo: el fascismo-nazismo y el comunismo-estalinismo.

Este aumento de violencia ha propiciado un incremento de la llamada intervención humanitaria. Por intervención humanitaria nos referimos a aquella intervención militar

²¹³ Vid. BALLESTEROS, JESÚS: op. cit. pág. 33.

²¹⁴ Son sintomáticas, por ejemplo, todas aquellas concepciones que tienden a huir de los sacrificios que la paternidad comporta.

²¹⁵ Vid. DOSTOIEVSKI, FIODOR: “Demonios”, de. Aguilar, Madrid, 1972, 9ª edición, tomo II, pág. 1345.

en un Estado, con o sin consentimiento del mismo, para impedir un genocidio, violaciones a gran escala de los derechos humanos (incluida la hambruna) o violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario. Este aumento de las intervenciones humanitarias comenzó en la década de los noventa, y ha facilitado el camino de la CPI, en cuanto que ambas suponen una concienciación a nivel mundial –también en el plano de la implicación-, de los desastres de la guerra. Es interesante el estudio de MARY KALDOR, en el que pone de relieve la importancia de ese cambio en los años noventa. Ella explica como a lo largo de la Guerra Fría y del período anticolonial, dominó en los asuntos internacionales el principio de no intervención reflejado en el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas²¹⁶. Sin embargo, desde el establecimiento de una zona de seguridad en el norte de Irak en 1991, hasta los ataques aéreos de la OTAN en 1999, ha calado la posibilidad de emplear la fuerza armada con objetivos humanitarios, todo ello a medida que se abría paso (al principio tímidamente, y después con el genocidio ruandés con más fuerza), la responsabilidad de proteger (R2P). Concretamente, en esa década de cambio, puede destacarse que, a comienzos del decenio, sólo había ocho operaciones de mantenimiento de la paz de NU, con 10.000 soldados destacados en zona. En el año 2000, había quince operaciones de NU, con 38.000 soldados desplegados²¹⁷. Llama igualmente la atención, en el ámbito europeo, los tres despliegues de la OTAN en la antigua Yugoslavia (Bosnia, Kosovo y Macedonia), autorizados por NU, que luego pasaron a cargo de la Unión Europea (UE). En ese momento, también comenzaron cuatro operaciones de paz rusas, bajo el paraguas de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), en Tayikistán, Transnistria, Abjasia y Osetia del Sur, mientras que la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) llevaba a cabo once. A su vez, la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO), llevaba a cabo operaciones en Sierra Leona, Liberia, y Guinea-Bissau. La entonces Organización para la Unidad Africana (UAO) –que hoy en día se denomina Unión Africana (UA)-, desarrollaba tres misiones civiles en Burundi, Comoras y República Democrática del Congo²¹⁸. En opinión de MARY KALDOR, sólo unas pocas de esas misiones pueden denominarse “intervención humanitaria”, pero su número constituye

²¹⁶ Explicítamente afirma que: “*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”.

²¹⁷ En octubre de 2016 hay 97.000 efectivos de 110 países. Vid.:

<http://www.un.org/es/peacekeeping/issues/military.shtml> consultado el 2 de octubre de 2016.

²¹⁸ Vid. KALDOR, MARY: “El poder y la fuerza”, Editorial Tusquets, Barcelona, 2010, pág. 37.

una prueba de la creciente aceptación de la fuerza militar con objetivos humanitarios; y, añadimos, de la violencia expansiva. También argumenta que los cambios en las normas de Derecho Internacional Humanitario son la expresión de una emergente sociedad global, y reflejan un consenso creciente acerca de la igualdad de los seres humanos, y la responsabilidad de impedir el sufrimiento allí donde se produzca²¹⁹. La CPI, en este engranaje, es una piedra angular, como órgano judicial que es, para instruir y juzgar esos abusos, tanto en su inicio como en su desarrollo, pues como ha destacado MICHAEL WALZER: “La realidad moral de la guerra presenta dos vertientes. Sucede que la guerra siempre es juzgada dos veces, la primera en relación con las razones que tienen los Estados para entrar en combate, la segunda en función de los medios con que llevan a cabo su designio. El primer tipo de juicio posee carácter objetivo: decimos que una determinada guerra es justa o injusta. El segundo es adverbial: decimos que la guerra se ha desarrollado justa o injustamente”²²⁰.

Por escoger un ejemplo, una guerra civil como la que actualmente tiene lugar en Siria, ha provocado, entre otras muchas consecuencias, un desplazamiento de la población en el 2014 -por concretar un momento en el que el conflicto ha madurado-, que ha originado que 1.646.066²²¹ personas se acogiesen al estatuto de refugiados. Este hecho influye en la política de otros países, como Turquía, que ese mismo año acogió 1.012.913 sirios; o el Líbano, que acogió a 361.491 sirios, produciéndose así una expansión de los efectos del conflicto, así como una distribución injusta de la asunción de responsabilidades.

A través de las noticias reflejadas en los medios de comunicación, podría deducirse que la ausencia de noticias respecto de un conflicto, equivale a la disipación o resolución del mismo. Nada más lejos de la realidad. Además, estamos acostumbrados a que un conflicto colapse al anterior. Un vistazo rápido a la violencia que actualmente se ejerce con ocasión de los conflictos armados -incluyendo bajos, medios e intensos-, nos permitirá constatar la existencia de cuatro decenas, repartidos por todo el orbe. Así, de manera somera, podemos destacar tres conflictos en América²²², uno en Asia oriental²²³,

²¹⁹ Vid. KALDOR, MARY: op. cit. pág. 38 y el estudio de las págs. 40-43.

²²⁰ Vid. WALZER, MICHAEL: “Guerras justas e injustas”. Editorial Paidós, Barcelona, 2001, pág. 51.

²²¹ Datos de Armed Conflict Database. Consultados el 10 de octubre de 2016.

²²² América Central (triángulo norte), Colombia, y cárteles del narcotráfico en México.

²²³ En China (Xinjiang).

uno en Europa²²⁴, siete en Oriente Medio y norte de África²²⁵, tres en la zona de Rusia-Eurasia²²⁶, nueve en Asia central y meridional²²⁷, seis en el Sudeste asiático²²⁸ y nueve en el África subsahariana²²⁹. Como bien puede suponerse, estos escenarios, cada uno con sus propias vicisitudes, no son el paradigma del respeto al *ius in bello* y, en general, de los derechos humanos. Como bien ha expresado el historiador VICTOR DAVIS HANSON, el caos contemporáneo ha de interpretarse bajo el prisma existente entre la propagación mundial de la prosperidad de inspiración occidental, y la simultánea proliferación de las armas también occidentales: “y el dilema que plantean estas dos situaciones no es pequeño: la globalización crea nueva riqueza que saca a millones de personas de la pobreza y, por tanto, reduce los conflictos; sin embargo, no lo hace de manera igualitaria, ya que también alimenta la injusticia, el resentimiento y la envidia reaccionaria, los tradicionales catalizadores de la guerra”²³⁰.

Además, hay que tener en cuenta la presencia de actores armados no estatales²³¹, algunos de los cuales como Al Qaeda o el DAESH han declarado una guerra global de terror.

²²⁴ Turquía (PKK).

²²⁵ Egipto (península del Sinaí), Iraq, Israel-Palestina, Líbano (Hizbullah), Libia, Siria y Yemen (huzíes, AQAP, SMM).

²²⁶ Armenia-Azerbaiyán (Nagorno-Karabakh), Rusia (Cáucaso norte) y Ucrania.

²²⁷ Afganistán, India (Assam), India (Manipur), India (Nagaland), India (Naxalites), India-Paquistán (Cachemira), Paquistán (Baluchistán), Paquistán (KPK y Federación de Áreas Tribales), Paquistán (violencia sectaria por todo el Estado).

²²⁸ Myanmar, Filipinas (ASG), Filipinas (MILF), Filipinas (NPA), sur de Tailandia, SAIT (Southern Asian Islamic Terrorism).

²²⁹ República Centroafricana, República Democrática del Congo, Etiopía (ONLF/ONLA y OLF/OLA), Mali (zona Sahel), Nigeria (Boko Haram), Nigeria (Región Delta), Somalia, Sudán del Sur, Sudán (Darfur, Nilo azul y Kordofan).

²³⁰ Vid. DAVIS HANSON, VICTOR: “Guerra. El origen de todo”, Ediciones Turner, Madrid, 2011, pág. 317.

²³¹ Haciendo un recuento de acuerdo con Armed Conflict Database, podemos destacar 82. Por orden alfabético y de acuerdo con la nomenclatura en inglés en el caso de grupos que no sean de habla española, son los siguientes: Abu Sayaf Group (ASG), Afghan Taliban, Ahle Sunnat Wal Jamaat/Sipah-e- Sahaba Pakistan (SSP)/Millat-e-Islamia Pakistan, Al Aqsa Martyr’s Brigades (AMB), Al-Houthi Rebels/Shabab al- Mumineen, Al Qaqda, Al Qaqda in Iraq (AQI), Al Qaeda in the Arabian Peninsula (AQAP), Al Qaeda in the Islamic Magreb (AQIM), Al-Shabaab (AS)/Mujahideen Youth Movement (MYM) Hizbul Shabab, Ansar Dine, Anti-Balaka, Baluch Liberation Army (BLA), Baluch Liberation United Front (BLUF), Baluch Republican Army (BRA), Bandas emergentes en Colombia/Bandasa Criminales (BACRIM), Bagsamoro Islamic Freedom Fighters (BIFF), Barisan Revolusi Nasional (BRN), Beltrán-Leyva Organización /Cartel del Pacífico, Boko Haram, Cartel de Jalisco-Nueva Generación, Cartel del Milenio, Chechen Rebels/Imarat Kavkaz (Caucasus Emirate), Comando Vermelho (CV), Communist Party of India-Maoist/Naxalities, Ejército de Liberación Nacional (ELN), Forces Democratiques de Liberation du Rwanda (FDLR), Free Syrian Army (FSA), Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Cartel del Golfo, Hamas/Izz al-Din al-Qasam Brigades, Red Haqqani, Cartel Harardheere-Hoby, Harkat ul-Mujaheeden (HuM), Hizb-e-Islami Gulbuddin (HIG), Hizbullah (Partido de Dios), Islamic Movement of Uzbekistan (IMU)/Islamic Party of Turkestan (IMT), Islamic State (ISIS, ISIL or DAESH), Jabhat al-Nusra (JN), Janjaweed militias, Jaysh-e-Mohammad (JeM), Jemaah Islamiah (JI), Cartel

II. Naturalmente, las propuestas del pacifismo jurídico serían deseables y deben ser el objetivo, pero la realidad -según acabamos de observar- es que en el mundo se están librando guerras, conflictos armados de distinta intensidad, con las características que más adelante describiremos. En este ambiente de violencia generalizada, parece oportuno recordar que las tesis de CARL SCHMITT, con su distinción amigo-enemigo, han calado profundamente. Esta idea, que está reflejada en su obra “El concepto de lo político”, responde, en esencia, a la pregunta por el significado de lo político²³². Para el iuspublicista alemán, lo “político” es el espacio en el que se produce la distinción entre amigo y enemigo, entre lo propio y lo extraño, lo interno y lo externo. En otras palabras, política hace referencia a todo aquello que genera antagonismo y que agrupa a los hombres en amigos y enemigos, ya sea un conflicto moral, económico o estético -entre otros-. Todo ello sugiere que la guerra, el conflicto o el desacuerdo componen una realidad inherente al ser humano y, en consecuencia, también lo político lo es. Para CARL SCHMITT²³³, una humanidad unida en torno a lazos de amistad, en la que siga habiendo política sin enemistad, es una situación utópica. En ese caso, la política no tendría función alguna, esto es, un mundo en el que todos estuviesen de acuerdo, no constituye un escenario cercano. En este marco, para CARL SCHMITT no es realista ni responsable ignorar las hostilidades que surgen entre individuos dispares, sin que con ello pretenda justificar los conflictos. Esto le lleva a realizar una crítica al movimiento pacifista, por negar la existencia del enemigo a toda costa y de forma ingenua. Enemigo

Juárez/Organización Vicente Carrillo Fuentes, Jundallah/People’s Resistance Movement of Iran (PRMI), Justice and Equality Movement (JEM), Kachin Independent Army (KIA), Karen National Liberation Army (KNLA), Laskar-e-Islam (LeI), Lashkar-e-Jhangvi (LeJ), Lashkar-e-Taiba (LeT)/Jamaat ud-Dawa (JuD), Lord’s Resistance Army (LRA), Los Caballeros Templarios (CT), Los Zetas, Mai-Mai milicias, Mara Salvatrucha (MS-13), Mara 18 (M-18), March 23 (M23)/Congolese Revolutionary Army (CRA), Marka pirate group, Moro Islamic Liberation Front (MILF), National Movement for the Liberation of Azawad (MNLA), Movement for the Unity and Jihad in West Africa (MUJWA), Movement for the Emancipation of the Niger Delta (MEND), Muqami Tehrik-e-Taliban (MTT)/Local Taliban Movement/North Waziristan Taliban/South Waziristan Taliban/Waziri Alliance, National Volunteer Coast Guard (NVCG)/Kismayo pirate group, New People’s Army (NPA), Organisasi Papua Merdeka (OPM), Partiya Karkeren Kurdistan (PKK), Pattani Islamic Mujahideen Movement/Gerakan mujahideen Islam Pattani (GMIP), Pattani United Liberation Organisation (PULO), Primeiro Comando da Capital (PCC), Puntland Group, Republican Action Against Drugs (RAAD), Runda Kumpulan Kecil (RKK), Seleka, Sendero Luminoso, Shan State Army-South (SSA-South)/Shan United Revolutionary Army (SURA), Cartel de Sinaloa, Somali Marines, Southern secessionist movement/Al-Harakat al-Janubiyya, Sudan People’s Liberation Movement-North (SPLM-N)/Sudan Revolutionary Front (SRF), Tehrik-e-Taliban Pakistan (TTP), Cartel de Tijuana/Organización Arellano-Félix, United Liberation Front of Assam (ULFA).

²³² Vid. SCHMITT, CARL: “El concepto de lo político”, de. Alianza, Madrid, 2009, págs. 59 y siguientes.

²³³ Puede encontrarse una buena síntesis de las ideas de Carl Schmitt en: D’ORS, ÁLVARO: “De la guerra y de la paz”, ediciones RIALP, Madrid, 1954, principalmente en el capítulo “Carl Schmitt en Compostela”, págs. 181-204; y en ROS VELASCO, JOSEFA: “La distinción schmittiana amigo-enemigo como categoría antropológica en Hans Blumenberg”, en Revista de Filosofía Eikasía, julio 2013, págs. 43-50.

puede ser cualquiera de acabar con mi existencia. El tratar de eludir esta realidad no puede resultar sino contraproducente, pues engañándonos nosotros mismos bajo el concepto de “humanidad”, nos expondríamos confiadamente ante el otro (un posible amigo, pero también un posible enemigo), mostrándonos de manera desprotegida. Por eso, para CARL SCHMITT la política es sospecha, prevención, miedo, un constante mantenerse alerta para identificar al enemigo y conocer así nuestro propio proyecto. Al reconocer al enemigo potencial, me reconozco a mí mismo como un posible enemigo para otros. Esto lleva a reconocerse a uno mismo como proyecto y como posible enemigo para otros, es decir, quien está dispuesto a destruir el proyecto que somos (enemigo), y quien está dispuesto a favorecerlo (amigo). De ahí que CARL SCHMITT analice el conflicto como algo que se da en la diversidad, y encuentra su mayor grado de relevancia en la posibilidad real de matar a otro. Por eso la enemistad (lo político), en tanto que constituye un desacuerdo con otro, es algo factible: no se puede eliminar o ignorar, es algo inherente a la vida humana. El enemigo, por tanto, existe, aun cuando no seamos capaces de reconocerlo.

Ahora bien ¿puede fundamentarse la existencia de la CPI en la experiencia bélica como presupuesto insoslayable? No olvidemos que para CARL SCHMITT, a la sazón el último representante del *ius publicum europeum*, la guerra no es el proyecto de la política, pero sí su presupuesto.

Para responder a esta pregunta, puede ser oportuno deslindar dos campos dentro del modelo schmittiano. Por una parte, está la negación del concepto de humanidad por resultar incompatible con el concepto de enemigo. Desde esta perspectiva, los hombres sólo pueden unirse unos contra otros, haciendo inevitable al enemigo y la guerra. En esta postura marcadamente belicista subyace el pensamiento pesimista de THOMAS HOBBS sobre la maldad humana. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con ella, porque entendemos que la violencia puede y debe reducirse en muchos ámbitos, y, sobre todo, debería constituirse en el pilar sobre el que se asienten todas las relaciones de alteridad. Las relaciones *ad intra* que han marcado Occidente en los últimos decenios -particularmente la franco-prusiana-, permiten vislumbrar otras bases sobre las que asentar las relaciones entre actores internacionales y no internacionales, y la noción de humanidad. Como ha destacado JESÚS BALLESTEROS, la adhesión e impulso que ha dado CARL SCHMITT a la idea hegeliana de intentar sustituir la mentalidad *bourgeois*

(burgués) esclavizado por su miedo a la muerte, a la mentalidad del *citoyen* (ciudadano), que no sólo ve la guerra como inevitable sino como humanizadora -por contribuir a la solidaridad interna del grupo-, constituye una fuente de belicismo que provoca una espiral de violencia²³⁴.

La CPI no debería fundamentar su existencia sobre las bases de una sociedad internacional, que ha asumido de antemano el belicismo como forma de desarrollo, sino más bien como una institución que vela -en el ámbito de su competencia- por respeto universal al otro, de acuerdo con el principio clásico del *neminem laedere* (no dañar al otro). Se trata, en suma, de buscar una primacía del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, a través de un órgano que ejerza *a posteriori*, una autoridad judicial que castigue determinados delitos, cuando los cauces propios de prevención de conflictos han fallado; todo ello sin necesidad de asumir el belicismo como algo natural -e incluso a veces positivo-, sino como forma de eliminar una violencia que no debía haberse ejercido. De hecho, se trataría más bien de dar un prisma nuevo al *silent leges inter arma*. Es, por tanto, la CPI el complemento para que junto al control de autoridad y arbitraje, sean prevenidos tanto los crímenes de guerra o agresión, como aquellos otros cuyo ámbito de incubación suele ser el conflicto: el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Así complementaría a otros, como los del capítulo VII de la Carta de NU, así como a otras propuestas derivadas de la responsabilidad de proteger (R2P), sobre todo después de la experiencia del genocidio ruandés. A propósito de estos medios previos, hay que señalar que ya fueron apuntados por ÁLVARO D'ORS quien con su habitual sagacidad, indicó que “tanto los conflictos internos como los externos deben ser razonablemente evitados. Que admitamos, para estos últimos, el recurso de la guerra, no quiere decir esto que pensemos en ella como modo necesario para resolver todo conflicto. Por el contrario, antes de ese último recurso, debe procurarse que los conflictos sean resueltos por la razón, y sólo *in extremis* por las armas, cuando son conflictos entre grandes espacios y no puede éstos evitarlos. Dos son los modos de evitar el conflicto armado: la sentencia de la autoridad judicial y el arbitraje. Como siempre, el control natural de la potestad es la decisión de la autoridad judicial. Aunque la autoridad carezca, por sí misma, de fuerza física para ejecutar sus decisiones, no deja de tener una fuerza ética que pueda inhibir los excesos de la potestad. Así, pues, en todo el orden de sucesivas instancias de potestad que hemos visto, es de elemental prudencia

²³⁴ Vid. BALLESTEROS, JESÚS: op. cit. pág. 93

constituir órganos de autoridad que dictaminen sobre la corrección de las decisiones de la potestad; y esto resulta especialmente necesario en relación con los grandes espacios: no sólo la autoridad de tribunales que dictaminen sobre los conflictos internos y cuyas sentencias pueden ejecutarse con la fuerza propia del gobierno del gran espacio, sino como tribunales superiores para dirimir los conflictos que pueden surgir entre grandes espacios, de modo análogo al actual Tribunal de la Haya²³⁵ para los conflictos internacionales. Es claro que un tribunal de ese tipo carece de fuerza física para ejecutar sus propias sentencias, que dependerán siempre, para su ejecución, de la buena voluntad de los interesados; pero, en todo caso, una sentencia de este tipo, fundada en la Ética común del gran espacio, no dejará de influir en las decisiones de potestad, pues, como siempre, la autoridad que desautoriza a la potestad acaba por deslegitimarla ante los sometidos a la potestad de otros grupos sociales. Así, pues, pese a toda la inevitable debilidad de un tribunal judicial, privado de potestad, su opinión puede ser un límite para ésta. Similar al límite de la potestad que ofrecen los tribunales de justicia, aunque, frente a la potestad que rige los grandes espacios, aquéllos carezcan de fuerza ejecutiva, es el de cualquier otro órgano de consejo que se constituya en todos los niveles de la organización social, incluyendo el superior de los grandes espacios. Así, pues, este control de autoridad, de tribunales y órganos de consejo, puede evitar la necesidad del recurso a la fuerza ejecutiva pacificadora de conflictos, e incluso evitar la misma guerra entre los grandes espacios. También puede tener una parecida función pacificadora la intervención del arbitraje preconstituido por acuerdo de los grupos sociales en previsión de posibles conflictos entre sí. Esta solución tiene la ventaja, sobre la de los tribunales y órganos de consejo, de una mayor imparcialidad, ya que los árbitros pueden ser extraños a cualquiera de los grupos en conflicto, tanto si son árbitros personales como, conforme a una antiquísima costumbre, de otro grupo social del mismo nivel”²³⁶.

En segundo lugar, de las tesis schmittianas se desprende una crítica al falso pacifismo jurídico, por desdibujar los trazos que hacen factible la identificación de un enemigo público y que, a la postre, puede terminar con la existencia del grupo. La correlativa propuesta del de Plettenberg de volver al *ius publicum europeum*, que implica el estado de naturaleza entre Estados, y la guerra limitada entre ellos, tropieza con numerosos obstáculos, entre otras causas, por la desintegración del mismo y la aparición de

²³⁵ Se refiere al TIJ.

²³⁶ Vid. D’ORS, ÁLVARO: “La posesión del espacio”, editorial Civitas, Madrid, 1998, págs. 60-63.

numerosos actores armados no estatales. Sin embargo, sí hemos de convenir que un falso pacifismo jurídico que niega la existencia de categorías jurídicas relacionadas con el conflicto, no hace sino dificultar la tarea del Derecho y la delimitación de responsabilidades. Es evidente que un órgano como la CPI, puede ser un magnífico instrumento para reducir la violencia en la parte que le afecta -es decir, velando por el respeto al Derecho Internacional Humanitario-, pero no para eliminarla. Esto entronca directamente con las altas expectativas que este órgano ha generado. Como ha puesto de manifiesto JESÚS BALLESTEROS, las raíces de la violencia no son simplemente sociales, sino interpersonales, y el Derecho como forma de la vida social no debe inmiscuirse en el plano interno, mientras el externo sea correcto²³⁷. La CPI, aplicando el Derecho que le es propio, debe castigar la acción violenta -y mediante una acción punible evitar futuras-, pero no puede evitar la intención de agredir. Por eso, hemos de comprender las limitaciones de la CPI a la hora de erradicar los delitos y comprender su sentido histórico dentro del Derecho público.

En cualquier caso, no debemos quedar confundidos con los postulados de un pacifismo jurídico que niega las categorías jurídicas que ya aparecieron definidas, en su momento, en el *ius ad bellum*, *ius in bello* y *ius post bellum*, aprovechando la crisis del derecho de la guerra; contribuyendo a desdibujar los trazos de los hechos punibles y sus responsables, cuestión que fomenta, como efecto más acusado, la impunidad. En este orden de cosas, desde muy antiguo, por ejemplo, el derecho de guerra suponía una declaración formal de hostilidad, en virtud de la cual los actos de violencia que la seguían quedaban acogidos a aquel derecho; así, la muerte dejaba de ser un homicidio para convertirse en un acto de guerra, de legítima defensa²³⁸. Aunque la guerra asimétrica -y sus desarrollos posteriores- ha contribuido a ubicar al Derecho Internacional Humanitario ante nuevos retos, por haber sido difuminados algunos principios, entre otros, el básico principio de distinción entre combatiente-no combatiente. En este sentido, con el desarrollo de la CPI se dan respuestas jurídicas a tales retos. También es destacable en este sentido, la fructífera labor que realizan algunas organizaciones, especialmente el Comité Internacional de la Cruz Roja, así

²³⁷ Vid. BALLESTEROS, JESÚS: op. cit. pág. 115.

²³⁸ Vid. D'ORS, ÁLVARO: "Bien Común y Enemigo Público", editorial Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 52.

como el desarrollo y asentamiento -principalmente en países del entorno OTAN-, de las llamadas “Reglas de enfrentamiento”.

III. Bien es cierto, como también puso de relieve CARL SCHMITT en su obra “Teoría del partisano”, que las guerras en “el *ius publicum europeum* en la Era Moderna han sido guerras entre Estados, pero que siempre han existido otras como, por ejemplo, las emprendidas por los rusos en el siglo XIX contra las poblaciones asiáticas o su devastadora oposición a la invasión francesa primero y a la retirada de la Gran Armée después, la cual sería reeditada por Stalin en la Segunda Guerra Mundial”²³⁹.

Atrás quedan hoy los modelos postwestfalianos comentados al comienzo del apartado II del Capítulo I, a los que son plenamente aplicables las palabras de JEAN JACQUES ROUSSEAU de que la guerra no es:

*(...) “una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado, en la cual los individuos son enemigos accidentalmente, no como miembros de la patria, sino como sus defensores. Por último, un Estado no puede tener por enemigo sino a otros Estados, y no a hombres, pues no pueden fijarse auténticas relaciones entre cosas de distinta naturaleza”*²⁴⁰.

Ahora bien, el espectro actual del conflicto ha derivado hacia la asimetría, en el que un choque entre Estados es improbable. Las guerras, a partir de 1989, se han desinstitucionalizado, de suerte que ya no son nacionales. Han pasado a convertirse, como ha señalado un estudioso de los conflictos armados en locales, comunitarias y populares²⁴¹.

Son varias las causas que han propiciado esta evolución, destacando tres entre ellas: el colapso del Estado-nación, los avances tecnológicos y los nuevos valores sociales que generan unos espacios autónomos que constituyen oportunidades para la emergencia de nuevos tipos de amenaza²⁴².

²³⁹ Vid. SCHMITT, CARL: “Teoría del partisano” en “El concepto de lo político”, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pág. 120.

²⁴⁰ Vid. ROUSSEAU, JUAN JACOBO: “El contrato social o principios de Derecho Político”.

²⁴¹ Vid. CHARLES-PHILIPPE, DAVID: “La guerra y la paz”, editorial Icaria, Barcelona, 2008, pág. 183.

²⁴² Estos elementos han sido desarrollados por JAIME JIMÉNEZ, ÓSCAR: “Riesgos y respuestas desde la seguridad de un mundo globalizado”, en Fundación CIDOB, Barcelona, 2007, pág. 149.

Esta guerra caracterizada por la asimetría, lejos de constituir hechos aislados proyectados internamente –con independencia de que puedan influir agentes externos-, se proyectan hacia el exterior causando impredecibles efectos globales. Todo ello, como pone de relieve FEDERICO AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, “en un marco internacional que no ha llegado a cuajar, a alcanzar un nuevo equilibrio estable, como ese arco gótico de la Guerra Fría, consolidado escenario en que eran posibles decisiones y acuerdos entre medias. Las nuevas guerras van a contar con una pluralidad de actores que no son únicamente los Estados, sino grupos armados transnacionales (grupos religiosos, organizaciones criminales, terroristas o personal contratado) u organizaciones no estatales dotadas de capacidades coactivas. La violencia se desregula y aparecen nuevos tipos de disputas (no relacionadas con un gobierno ni con un territorio), como el conflicto entre un Estado y un actor no estatal radicado en otro, o la violencia unilateral ejercida desde aquél contra la población civil en beneficio de una de las partes. Simultáneamente retornan figuras como los señores de la guerra que hacen un uso económico de la violencia, aunando en el mismo espacio guerra y delincuencia. Éstos controlan un territorio apoyados en las estructuras tribales en que se articula una sociedad que se desarrolla al margen del Estado y subsiste de la explotación de los recursos lícitos o ilícitos que le aporta”²⁴³.

Surgen así, como pone de relieve el politólogo alemán HERFRIED MÜNKLER, “dificultades para la diferenciación entre roles civiles y militares y hasta con la delincuencia; la guerra se torna en una suerte de combate de soldados contra guerreros. A diferencia de éstos, los guerreros no tienen tradición de disciplina militar, y la violencia forma parte habitual de la vida”²⁴⁴.

IV. En este marco, la CPI tiene un gran campo de desarrollo y actuación²⁴⁵, ya que puede dar una respuesta adecuada bien desde la óptica de la administración de justicia – consolidando el Derecho Penal Internacional y el sistema de Derecho Internacional Humanitario-, bien, a través del enfoque de la complementariedad examinado, instando a los órganos jurisdiccionales nacionales a instruir y juzgar los más graves crímenes de

²⁴³ Vid. AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, FEDERICO: “Entender la guerra en el siglo XXI”, editorial Complutense, Madrid, 2010, pág. 152.

²⁴⁴ Vid. MÜNKLER, HERFRIED: “Viajes y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia”, editorial S. XXI, Madrid, 2005, pág. 87.

²⁴⁵ Is 32, 17: El trabajo de la justicia debe ser la paz.

esta índole, donde, por cierto, la presión internacional puede ser bastante alta. Esta institución está, por tanto, llamada a llenar un vacío respecto a la administración de justicia, en los delitos de su competencia, en relación a todo el espectro conflictual. Es decir, que ha de tenerse en cuenta que lo dispuesto en el art. 5 del ER²⁴⁶ cubre los dos grandes marcos del conflicto, según la división del Derecho Internacional Humanitario en relación al *ius in bello*: el conflicto armado internacional²⁴⁷ y el conflicto armado no internacional²⁴⁸. Una delimitación que viene claramente recogida en la jurisprudencia internacional (TPIY)²⁴⁹ al afirmarse en el *caso Tadic* que “existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados”,²⁵⁰ determinándose, a su vez, que estamos ante un conflicto armado no internacional “cuando quiera que haya (...) una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre esos grupos en el territorio de un Estado”²⁵¹.

²⁴⁶ Como ya hemos señalado, la competencia de la CPI para conocer los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión.

²⁴⁷ Es decir, cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento. Está definido en el art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que afirman que: “*Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones*”.

²⁴⁸ Aquel enfrentamiento que tiene lugar en el territorio de un Estado entre el Gobierno, por una parte, y grupos armados insurrectos por otra. Vid. a este respecto GASSER, H.P.: “International Humanitarian Law”, ed. Paul Haupt, Berna 1993, pág. 555. Es importante la nota definitoria del nivel de intensidad en estas hostilidades, que lo diferencian de disturbios interiores, motines o actos de bandidaje, y es preciso recurrir a fuerza militar y no policial. A este respecto el art. 1.1 del Protocolo Adicional II señala que: “*se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”.

²⁴⁹ Vid. Documento de opinión, marzo de 2008 (CICR) referente a “¿Cuál es la definición de conflicto armado según el Derecho internacional Humanitario?”. Consultado en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm> en fecha 15 de agosto de 2016.

²⁵⁰ Vid. TPIY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párrafo 70.

²⁵¹ *Ibidem*.

V. Hasta aquí, la vocación de la CPI y la razón de su existencia, ahora bien ¿está siendo un inicio de andadura pacífico? ¿Existe una voluntad para asentar el proyecto iniciado en aquella votación de 17 de julio de 1998? No han sido pocos los ataques que ha recibido la institución, que podemos agruparlos bajo los siguientes argumentos: falta de legitimidad, falta de trabajo, excesivo gasto (aquí incluimos el supuesto incremento irresponsable de su presupuesto), una ausencia de cooperación entre la CPI y los Estados parte del ER que constituiría un formidable obstáculo para enjuiciar las causas, así como un supuesto empecinamiento en instruir y enjuiciar causas de países africanos.

Aunque es cierto que la primera sentencia condenatoria fue rubricada el 10 de julio de 2012, condenando a 10 años de prisión a Thomas Lubanga, es decir, 10 años después de que comenzase la andadura de la CPI y gastados ya el billón de dólares, los 4 años posteriores han supuesto un notable aumento de las causas. Actualmente²⁵² se están examinando nueve supuestos susceptibles de iniciar el procedimiento una vez comprobados los requisitos de competencia, son las llamadas investigaciones preliminares o “Preliminary examinations”²⁵³; diez situaciones que están siendo investigadas como consecuencia de la remisión, bien por los Estados parte, bien por el Consejo de Seguridad, o a iniciativa de la Oficina del Fiscal (previa autorización judicial)²⁵⁴; cuatro supuestos están en fase de instrucción²⁵⁵, por apreciar la Fiscalía que

²⁵² Nos referimos a octubre del 2016.

²⁵³ Antes de que empiece una investigación, la Oficina del Fiscal lleva a cabo una investigación preliminar para decidir si existe suficiente información y la suficiente gravedad para una posterior apertura de una investigación. En esta fase la oficina del Fiscal examina, asimismo, si la CPI tiene competencia para conocer del asunto. Las 9 investigaciones preliminares son las siguientes: Afganistán (presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra desde el 1 de mayo de 2003; Burundi (presunta comisión de crímenes bajo la jurisdicción de la CPI desde abril del 2015); Colombia (presunta comisión de crímenes de guerra desde el 1 de noviembre de 2009 y presunta comisión de crímenes contra la humanidad desde el 1 de noviembre de 2002); Guinea Conakry (presunta comisión de crímenes contra la humanidad el pasado 28 de septiembre de 2009); Irak-Reino Unido (presunta comisión de crímenes de guerra por parte de nacionales británicos en el contexto de la ocupación de 2003-2008); Nigeria (presunta comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en el delta del Níger, en el conflicto armado entre Boko Haram y las Fuerzas Armadas nigerianas); Palestina (presuntos crímenes cometidos en territorios palestinos incluido el sector este de Jerusalén desde el pasado 13 de junio de 2014); Camboya, Comoros y Grecia (en relación al registro de buques, seguramente se rechace); Ucrania (presuntos crímenes cometidos en el contexto de las protestas en “Maidan” desde el 21 de noviembre de 2014).

²⁵⁴ Se recopilan pruebas (incluyendo declaraciones) para examinar si hay base para una futura acusación. Son las siguientes: Georgia (autorización a la Fiscalía para abrir motu proprio una investigación, por los presuntos crímenes cometidos en el conflicto armado internacional entre el 1 de julio y el 10 de octubre de 2008); República Centroafricana (remisión a la CPI por el propio Gobierno de la República por presunta comisión de crímenes contra la humanidad por los actos violentos que comenzaron en 2012); Mali (remisión por el propio gobierno maliense por presuntos crímenes cometidos desde enero de 2012 en las regiones de Gao, Kidal y Timbuctú); Costa de Marfil (investigación iniciada por la Fiscalía motu proprio en octubre de 2011, por presunta comisión de crímenes contra la humanidad en un contexto de violencia postelectoral entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011); Libia (remisión por parte del CSNU en febrero de 2011, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad en el contexto de la

existen indicios suficientes contra un individuo para presentar cargos, de tal forma que puede solicitarse a la cámara una fianza o incluso el arresto, tomándose declaración al presunto delincuente, a quien se le comunican los cargos presentados; cinco casos están, propiamente, en la fase de juicio²⁵⁶, en la que se leen al acusado nuevamente los cargos, y tiene lugar la práctica de la prueba. El límite máximo de la pena impuesta por sentencia condenatoria es de 30 años; no obstante, cuando analicemos propiamente el proceso, veremos que existen algunos supuestos en los que cabría imponer cadena perpetua. Como es natural, en esta fase también pueden imponerse reparaciones a las víctimas. Existe además un supuesto, en el que la sentencia condenatoria ha sido recurrida²⁵⁷. Tanto la defensa como la Fiscalía pueden recurrir la sentencia ante cinco jueces –como ya veremos en el correspondiente capítulo–, de la cámara de apelaciones. En fase de reparaciones y compensaciones a las víctimas hay tres casos²⁵⁸. Con sentencia firme encontramos cinco²⁵⁹, y en fase de revisión ninguno. La actividad de la CPI, es, en suma, exigente, y no se puede calificar a la misma como inoperante.

Otro desafío de capital importancia que la CPI debe afrontar, es el de su legitimidad²⁶⁰. La deslegitimación de la CPI por parte del sector crítico esgrime como principal argumento la arbitraria selección que haría la Fiscalía para promover la apertura de causas africanas con cierto trasfondo político; cuestión que entronca

situación en ese país desde el 15 de febrero de 2011); Kenia (investigación iniciada por la Fiscalía motu proprio en marzo de 2010, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad como consecuencia de la violencia surgida después de las elecciones en 2008); Darfur, Sudán (remisión por parte del CSNU en marzo de 2005 por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad, genocidio, desde el 1 de julio de 2002); República Centroafricana nuevamente (investigación iniciada en mayo de 2007 a petición del propio gobierno, por la presunta comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en los picos de violencia de 2002 y 2003); Uganda (a petición también del gobierno).

²⁵⁵ En fase de instrucción se encuentran los siguientes casos: Barasa (Kenia), Hussein que se encuentra en paradero desconocido (Darfur, Sudan), Al Bashir (Darfur, Sudán), personaje público al que todavía no se ha arrestado, Harun y Kushayb (Darfur, Sudan), también en paradero desconocido.

²⁵⁶ Los casos son: Banda (Darfur, Sudán), Ongwen (Uganda), Gbagoy Blé Goudé (Costa de Marfil), Bemba (República Centroafricana) y Ntaganda (República Democrática del Congo).

²⁵⁷ Es el caso de Bemba por 2 crímenes contra la humanidad (asesinato y violación).

²⁵⁸ Son: Al Mahdi (Mali), Katanga (República Democrática del Congo) y Lubanga (República Democrática del Congo).

²⁵⁹ Las sentencias firmes son las siguientes: Kenyatta (Kenia), es una sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas; Ruto y Sang (Kenia); Abu Garda (Darfur, Sudán); Ngudjolo Chui (República Democrática del Congo), Mbarushimana (República Democrática del Congo).

²⁶⁰ Vid. MACLEOD, IAIN y SHEHZAD, CHARANIA: “Three Challenges for the International Criminal Court”, en <http://blog.oup.com/2015/11/three-challenges-international-criminal-court/> , consultado en fecha 17 de septiembre de 2016.

directamente con la afirmación de que es una institución levantada para juzgar africanos²⁶¹.

Esta maledicencia cae por su propio peso al constatarse, como hemos visto anteriormente, que prácticamente todas las causas relacionadas con el continente africano surgen como consecuencia, bien de la remisión de los propios Estados africanos, bien -como el caso de Costa de Marfil cuando no era miembro-, al amparo del art. 13.3 ER, que posibilita la aceptación *ad hoc* de la jurisdicción de la CPI. También están desarrollándose dos procesos que han sido remitidos por el Consejo de Seguridad de NU con arreglo al art. 13 b) ER²⁶². Únicamente podría amoldarse, tímidamente, a los trazos esbozados en dicha crítica el caso de Kenia, donde la Fiscalía, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 c) ER, y tras constatarse que las autoridades judiciales de aquel país se revelaban insuficientes para el ejercicio de su competencia, decidió iniciar *motu proprio*, una investigación al respecto. Esta actuación de la Fiscalía no representa un hecho aislado y arbitrario, ya que existen otros supuestos²⁶³ -totalmente desvinculados del continente africano- en los que la Fiscalía ha actuado de manera semejante.

Mayor complejidad entraña el hecho de que sólo dos de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de NU formen parte del ER. Evidentemente, la falta de respaldo de China, Rusia y Estados Unidos, se erige en un importante obstáculo para legitimar a la CPI. La solución intermedia referente a la posibilidad de que sea el Consejo de Seguridad de NU -de acuerdo con el art. 13 b) ER-, quien solicite la apertura del procedimiento, es a todas luces insuficiente. Es evidente que la cesión de soberanía, concretamente algunas funciones jurisdiccionales, comporta un paso que requiere una madurez de la institución que no se alcanza en un breve espacio de tiempo. La clave está en el carácter complementario de la CPI, ya que actúa como barrera despolitizadora de la institución, es decir, que si los sistemas judiciales de los Estados que ahora no forman parte de la CPI son transparentes y efectivos -juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado-, no supondría una “desgarradora” cesión de soberanía, ya que la CPI actuaría como un agente externo que controlaría la tramitación procesal -tanto en la forma como en el fondo-, sin conocer propiamente del asunto. Ello conllevaría, además, al asentamiento

²⁶¹ Vid. por ejemplo, el artículo de la Fiscal de la CPI -Fatou Bensouda-, titulado “ Is the International Criminal Court targeting Africa inappropriately? En <http://iccforum.com/africa> , consultado el 11 de octubre de 2016.

²⁶² Son los procesos referentes a Libia y Darfur.

²⁶³ Por ejemplo el caso georgiano.

del sistema de Derecho Penal Internacional. Naturalmente, hasta que se llegue a ese punto de madurez y estabilidad de la institución, se entiende perfectamente que un Estado que vive en permanente estado de alarma en un ambiente de conflicto con alta resonancia en la política internacional, como es Israel, quede al margen de la CPI.

Otro aspecto, se centra en las expectativas que ha creado la CPI, y que desde el primer momento han sido excepcionalmente altas. Como ha puesto de relieve el jurista alemán CARSTEN STAHN, la CPI es un “objeto persistente de fe”²⁶⁴. En la medida en que unas expectativas tan altas no se cumplen, llevan inevitablemente a crear cierta desilusión. Sobre todo en cuestiones tales como que un Estado parte no cumpla con su asignación presupuestaria, o cuando el Consejo de Seguridad no llega a un acuerdo para remitir situaciones que objetivamente suponen violaciones claras de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Internacional, o, peor aún, cuando se producen presiones por los Estados parte.

No debe perderse de vista que la CPI está desarrollándose en un mundo de *realpolitik*, donde obviamente, muchas acciones políticas se llevan a cabo al margen de teorías o filosofías, con intentos desestabilizadores continuos, con fronteras internacionales en el limbo por el surgimiento de actores armados no estatales como el DAESH, y en el que las grandes potencias abogan por proteger sus intereses particulares. Aun así, es un proyecto del que cabe albergar esperanza; como ha dicho el antiguo fiscal del TPN²⁶⁵ BENJAMIN FERENCZ en la Universidad de Leiden el pasado 3 de septiembre de 2014²⁶⁶: “*La Corte está ahí, la prisión está ahí y hay gente en prisión. Cuando empezamos el proyecto me dijeron olvídalo, es imposible; pero está pasando, ha empezado. Es cara, es ineficiente, no funciona correctamente... todo eso es verdad, yo lo sé y las personas implicadas lo saben, pero es el comienzo, es como un recién nacido. Y como recién nacido tiene que ser cuidado y alimentado. Posteriormente se pondrá a gatear, y seguirá necesitando cuidado, y llegará un día en que se levantará y te salvará*”.

Es evidente que un tribunal penal de esta naturaleza tiene muchas ventajas, también frente a un órgano judicial de un Estado con posibilidad de actuación *ad extra*, es decir, cuando su legislación propia reconoce la jurisdicción universal. En ese caso, las

²⁶⁴ Citado en op. cit. “Three Challenges for the International Criminal Court”.

²⁶⁵ Juicio contra el Einsatzgruppen.

²⁶⁶ Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=Qli4-L9DaTs>, consultado el 8 de abril de 2016.

garantías que ofrecería la CPI, sobre todo, una eventual despolitización del proceso, son más adecuadas, especialmente en aquellos delitos cometidos en conflictos armados no internacionales con amplio eco en la comunidad internacional. Además, cada día se produce un mayor desarrollo de la idea que configura a la comunidad internacional como sujeto pasivo del tipo delictivo en aquellos crímenes que, por su naturaleza, son especialmente execrables. Por tanto, la existencia de un órgano jurisdiccional de carácter internacional, competente para conocer de determinados delitos, siempre será mejor -en aras de una efectiva administración de justicia-, que la impunidad o un juicio regido por la normativa propia de un país en aplicación de la jurisdicción universal. Por eso, en la medida en que se produzca el entrelazamiento entre ese desarrollo de la comunidad internacional como sujeto pasivo ofendido, y una integración de la comunidad internacional en su conjunto en el proyecto común para castigar esos hechos, la CPI verá legitimada su existencia.

Otras alternativas, tales como un órgano dependiente de NU -o creado al amparo de una resolución de la misma-, o una sentencia impuesta por el Consejo de Seguridad a través de un tribunal tutelado por el propio Consejo, se muestran como inadecuadas o imposibles. Primero, porque la experiencia del TPIY y del TPIR, aconseja que sea un órgano permanente, con unas reglas procesales fijas, y con un estatuto bien definido, que evite la creación de un órgano *ad hoc* para cada conflicto en un futuro incierto en el que, seguramente, el nivel de violencia se va a mantener, y por tanto la violación de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario. Y, por otro, porque cualquier solución encauzada a través del Consejo de Seguridad, es susceptible de tener que pasar por el filtro del derecho de veto -puede constatarse con la actual situación en Siria-, favoreciéndose así la impunidad.

Otra posible fórmula, ceñida al *ius in bello* y en base a una normativa distinta pero entroncada con el ER, viene de la mano de los cuatro Convenios de Ginebra²⁶⁷, si bien tampoco es plenamente eficaz; concretamente de los artículos 49, 50, 129 y 146 respectivamente. De acuerdo con estos artículos los Estados tienen las siguientes obligaciones: “*Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las*

²⁶⁷ Vid. a este respecto “Universal jurisdiction over war crimes”, ICCR, Advisory Service on International Law. Consultado en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/2014/universal-jurisdiction-icrc-eng.pdf> el 20 de marzo de 2016.

oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes (...)". En consecuencia, según este artículo común de los Convenios, hay una obligación de juzgar -si se es Parte Contratante y los 194 Estados los han ratificado-, a los presuntos delincuentes o de entregarlos a la Parte Contratante cuya nacionalidad ostente el acusado, quien tiene, *prima facie*, el deber de juzgarlo. Aunque se ha ido incorporando a la legislación penal²⁶⁸ los preceptos propios del Derecho Internacional Humanitario, han sido los propios Estados intervinientes en un conflicto -como bien puede suponerse-, quienes a fin de evitar una escalada de reclamaciones, han rehusado aplicar tales preceptos, vaciándolos así de contenido. No podemos perder de vista que, en un conflicto, la violencia queda entremezclada con otros muchos elementos de orden político, entre otros, que rara vez está dispuesto un Estado a valorar²⁶⁹, si no es por imposición de un vencedor, que es precisamente lo que la CPI -como órgano permanente y externo-, pretende evitar. Por eso, para hacer efectivos los Convenios de Ginebra, se han incluido dentro de los delitos tipificados en el art. 8.2 a) ER.

Ahora bien, parece que la positiva labor que realiza la CPI -instrumento más adecuado, como acabamos de ver-, necesita un escenario que estimule y acentúe la legitimidad de su existencia. Ese marco, podría ser un conflicto armado en Asia en el que la CPI desempeñase un papel decisivo, efectivo, que dejara el camino expedito para una reconstrucción de los Estados intervinientes. Y ello por dos motivos: por un lado, porque es el lugar preferente para desarrollar su labor fuera del continente africano, teniendo en mente que Asia es el continente con peor aceptación de la CPI, además de

²⁶⁸ En el caso de España, vienen reflejados en el Título XXIV de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁶⁹ En relación a este aspecto, es interesante contextualizar y valorar el "Informe Schlesinger", realizado por el ex Secretario de Defensa de Estados Unidos James Schlesinger sobre abusos en Irak. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/64pp78.htm> Constituye un examen de conciencia, que, dadas las circunstancias actuales, parece realmente valioso.

que la mayoría de la población mundial pertenece a ese continente, y que, concretamente, pertenece a Estados que no han ratificado el ER, lo que, consecuentemente permite prever potenciales conflictos a espaldas de la CPI. Por otra parte, por el efecto multiplicador que podría tener un buen hacer de la CPI en un entorno que, con toda probabilidad, se erige como el epicentro no sólo económico, sino también de las relaciones internacionales, y no precisamente pacíficas²⁷⁰.

También supondría un decisivo avance, la respuesta que emane de la CPI en relación a los actores armados no estatales -como el DAESH o las FARC-, aunque como la responsabilidad es personal de acuerdo con el art.25 ER, la labor no es sencilla. Sobre este particular nos extenderemos más adelante.

En relación a ese posible conflicto en Asia –escenario nada deseable por otra parte-, es destacable el conflicto latente en torno a las llamadas islas Spratly, donde la tensión entre China, Filipinas, Taiwan, Vietnam, Malasia y Brunei ha ido en aumento. Sobre esta disputa, el pasado 12 de julio de 2016, la Corte Permanente de Arbitraje ha fallado en contra de los intereses de la expansionista República Popular de China²⁷¹. Este esperadísimo fallo en todas las capitales del mundo, ha dado la razón a Filipinas al negar base jurídica a China para atribuirse casi la totalidad de la soberanía de las aguas del Mar del Sur de China. Veremos cómo los argumentos jurídicos sentados por la Corte Permanente de Arbitraje en relación a la Convención sobre el Derecho del Mar pueden alterar el equilibrio geopolítico de la zona, y cómo los mecanismos previos de resolución de conflictos funcionan. En cualquier caso, puede constituir una ocasión para que se integren en la CPI, en aras de la transparencia y asentamiento del Derecho Internacional Humanitario, potencias que en la actualidad obran al margen de la CPI. Ello, aunque sea pura especulación, podría servir de ejemplo para el resto.

En lo concerniente a la valoración crítica que podemos realizar sobre el fundamento, concepto y naturaleza de la CPI, podemos apuntar lo siguiente:

1) La existencia de la CPI descansa en un sólido engranaje de naturaleza jurídica.

El desarrollo y asentamiento del sistema de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, con vocación universal, requiere un órgano jurisdiccional

²⁷⁰ Vid. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEEO105-2016_MarChina_DavidCorral.pdf, sobre la disputa asiática que comentamos más adelante.

²⁷¹ El fallo completo ha sido consultado en <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf> fecha 15 de octubre de 2016.

que vele por el cumplimiento de dicha normativa, depurando responsabilidades. En este sentido, el fundamento de la CPI, como el de la jurisdicción en general, es, en última instancia, la justicia. Es decir, un sistema que busque la justicia y que se erige una opción más favorable que su alternativa: la impunidad o la autotutela consistente en la exigencia de responsabilidades del vencedor sobre el vencido. Esta es la causa por la cual no nos repugna la existencia de la CPI, más bien al contrario. Las alternativas no provén soluciones jurídicas rigurosas y satisfactorias.

2) Necesita asentarse y ganar en legitimidad.

Su cualidad capital de complementar a las jurisdicciones nacionales debe ser el elemento sobre el que ganar legitimidad, incluyendo a aquellos Estados que le darán ese carácter universal del que ahora carece. Para ello, es importante que no crezca desmesuradamente, inicie procedimientos de reparación imposibles de cumplimentar, o ejerza una vigilancia asfixiante, pues todo ello iría en detrimento de su reconocimiento. La concepción del sistema actual responde a una visión pragmática en la que todo concepto ha quedado subsumido, en los términos ya expuestos, bajo el enfoque del Derecho Internacional Humanitario, lo que ha propiciado una búsqueda de la justicia y estabilidad (por tanto de la seguridad internacional), como objetivos preeminentes sobre otros tales como la satisfacción individual de la víctima y reconocimiento de un papel preponderante de la misma en el proceso.

Es por ello que constituye un error, a nuestro juicio, analizar la CPI con los mismos parámetros que se utilizan para medir la eficacia y eficiencia, por ejemplo, del TEDH o de un órgano judicial nacional de cualquier país occidental. En este contexto, teniendo en cuenta los movimientos sísmicos que ha sufrido el tribunal, no pueden extrañarnos las adherencias del Derecho Internacional Humanitario a modo de ropaje legitimante de cara al exterior; extremo que por otra parte se observa con carácter general en todas las estructuras supraestatales en su relación con los ciudadanos. Ahora bien, el desarrollo dispar que han tenido el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede verse en lo que a CPI concierne, como un nexo de compleja y fructífera relación en ocasiones, y otras, como ámbitos de fines contrapuestos, si bien son los menos. Así pues, no parece que sea cabal achacar al actual sistema procesal de la CPI la idea de ineficacia y obsolescencia –a modo de criatura que ha podido nacer vieja-, sobre la base del arrinconamiento de la víctima, principalmente

en el ámbito de la legitimación activa. Sin embargo, quedarse en este punto supondría contentarse con los límites actuales; límites que pueden ser ensanchados paulatinamente y de forma natural, sin forzar el natural asentamiento de la CPI.

3) Reviste el ropaje jurídico adecuado.

Su independencia, y, a la vez, su colaboración estrecha con NU, permite que se haya desarrollado como una organización internacional solvente, con las herramientas jurídicas adecuadas para el cumplimiento de sus fines. No obstante, han de mejorarse sus relaciones *ad intra*, esto es, la cooperación entre la organización y los Estados, así como las relaciones entre entes pertenecientes a la CPI, en aras de una mayor eficacia.

3.- Ámbito objetivo: análisis crítico-descriptivo

I. En este apartado examinaremos cuáles son los crímenes competencia de la CPI, y cuáles otros han suscitado cierto debate, para ser finalmente excluidos del ER. El art. 5 ER delimita *ratione materiae* la competencia de la CPI al establecer que:

“La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;*
- b) Los crímenes de lesa humanidad;*
- c) Los crímenes de guerra;*
- d) El crimen de agresión.”*

Por otro lado, los elementos de los crímenes competencia de la CPI fueron aprobados por la Asamblea de los Estados Parte en su primera reunión, que tuvo lugar entre el 3 y 10 de diciembre de 2002, sobre la base de un Proyecto definitivo de los mismos, que fue adoptado por la denominada Comisión Preparatoria, el 6 de julio del año 2000. La competencia de la CPI –de acuerdo con el art. 5 ER citado-, ha de ser examinada conjuntamente con los arts. 6, 7, 8 y 8 bis que seguidamente expondremos, pues en ellos quedan fijados los tipos penales. Éstos, a su vez, se complementan con el art. 9 ER, que introduce la figura de los elementos de los crímenes, que no son sino instrumentos complementarios de finalidad interpretativa²⁷².

En relación a este art. 5 ER, es importante adelantar que una persona será penalmente responsable por la comisión de los crímenes enunciados, cuando concurren los

²⁷² El art. 9 ER establece que:

“1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos de los crímenes:

- a) Cualquier Estado Parte;*
- b) Los magistrados, por mayoría absoluta;*
- c) El Fiscal.*

Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

3. Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto”.

elementos objetivos del tipo penal, además del elemento subjetivo de intencionalidad. Así, el art. 30 ER dispone que:

“1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

Sin embargo, el camino hasta el Proyecto definitivo adoptado por la Comisión Preparatoria el 6 de julio del año 2000 al que hemos hecho referencia, no ha sido tan simple como *a priori* pudiera pensarse. Así, como punto inicial destacable, encontramos el Proyecto de la CDI (Comisión de Derecho Internacional) de 1994, que partía del presupuesto del carácter procesal y objetivo del Estatuto, y de la ausencia de una intención codificadora. Este enfoque traía causa en la intención de obviar el tener que abordar aquellas cuestiones que, por su particular dificultad, pudiesen llegar a impedir la redacción de un Proyecto de Estatuto de una CPI²⁷³. De esta forma, el tratamiento de las normas sustantivas se planteó desde la perspectiva procesal de la determinación del ámbito competencial de la CPI.

Por otra parte, en ese momento existía la voluntad de desvincular formalmente el Proyecto de Estatuto de la CPI del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, como consecuencia de las dificultades surgidas con este último. De ahí el planteamiento que se hizo de desarrollar ambos de manera separada e

²⁷³ Vid. LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, op. cit. págs. 110 y 111.

independiente en vez de plantear los mismos de manera complementaria. Además, los problemas de indeterminación del enfoque seguido por el Proyecto de Estatuto de la CDI de 1994, condujo a que los trabajos del Comité Preparatorio y de la Conferencia Diplomática se centrasen en la identificación y determinación del contenido de los crímenes competencia de la CPI. Finalmente, estos crímenes no llegaron a ser identificados formalmente, pero se establecieron una serie de criterios para formalizarlos:

- a) La necesidad de que los crímenes estuvieran claramente definidos en el Estatuto.
- b) La base consuetudinaria de todos los crímenes recogidos, matizada por la voluntad de introducir elementos de la práctica internacional más reciente.
- c) La “trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” y la “gravedad” de los crímenes del Estatuto.
- d) La búsqueda del compromiso entre las distintas posturas defendidas por los Estados y otros actores que participaron en el proceso de creación de la Corte, especialmente el Comité Internacional de la Cruz Roja²⁷⁴.

Es decir, que con ocasión de estos criterios, se infiere que los principios de legalidad y complementariedad eran puntos básicos de referencia. En el ER aparecen recogidos en los arts. 22 y 23 del ER; artículos en los que, como señala JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE, quedan integrados tanto el aspecto de predeterminación de la norma (*nullum crimen sine lege*)²⁷⁵, como el aspecto formal de la garantía penal (*nulla poena sine lege*)²⁷⁶. Se establecen también como principios complementarios la prohibición de la analogía del art. 22.2 ER y la irretroactividad de la norma penal más desfavorable del art. 22.4 ER, ambas citadas a pie de página.

El siguiente punto de inflexión lo encontramos en el Proyecto de Código de Crímenes de la CDI de 1996, que aunque inicialmente arrancó como proyecto

²⁷⁴ Recogidos en LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, op. cit. pág. 111.

²⁷⁵ El art. 22 señala lo siguiente: “1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

²⁷⁶ El art. 23 dispone que: “Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”.

independiente, el Comité preparatorio decidió refundirlo con el Proyecto de Estatuto de 1994, por la sencilla razón de que el texto de Proyecto de Código de crímenes era el marco referencial de las disposiciones del Estatuto. Como no podía ser de otra manera, la base consuetudinaria fue tenida en cuenta a la hora de definir los crímenes. En este punto, se distinguieron entre crímenes sancionados por el Derecho Internacional general, y crímenes definidos en las disposiciones y tratados.

Llegados a este punto, hemos de preguntarnos qué tipos crímenes suscitaron debate en ese momento, y cuáles fueron las causas por las que fueron excluidos. En este sentido, podemos destacar crímenes contra los tratados, terrorismo, tráfico de drogas y uso y promoción de mercenarios. Respecto de los crímenes contra los tratados, es reseñable que en una fase inicial de debate representara un punto central de las deliberaciones. No obstante, la idea de su inclusión fue generando un creciente rechazo por no encontrarse en ninguna disposición un consenso sobre qué podría constituir crímenes contra los tratados. Esta falta de consenso constituyó la prueba sobre la que se fundamentó finalmente su rechazo: el hecho de no estar ante un supuesto que pudiese ser reflejo de la costumbre internacional. Por otra parte, como destaca ANDREAS ZIMMERMANN, si se hubiese incluido este concepto dentro del ámbito competencial de la CPI, necesariamente habría que admitir que sólo los crímenes cometidos en el territorio de las respectivas partes contratantes podrían ser punibles²⁷⁷. Además, sería necesario que los Estados fuesen partes contratantes de la convención. Este enfoque llevaría necesariamente a un debilitamiento del concepto automático de jurisdicción de la CPI, tal y como aparece redactado en el art. 12.1 ER²⁷⁸. De todas maneras, él mismo entiende que, aunque no se incluyó de manera formal, no está la puerta cerrada, ya que podrían tener entrada en el ER –introduciendo modificaciones-, como supuesto dentro de los crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. Este ha sido el caso del crimen de apartheid –catalogado hoy en día como crimen contra la humanidad-, o los ataques intencionados dirigidos contra personal de NU u otro personal o material destinado a una misión de mantenimiento de la paz, que actualmente aparecen en la lista de crímenes de guerra.

²⁷⁷ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), op. cit. Concretamente el capítulo cuya autoría descansa en ANDREAS ZIMMERMANN, págs. 113 y siguientes.

²⁷⁸ El art. 12.1 ER dispone que: “*El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5*”.

Mayor complejidad encontramos con la exclusión de los delitos de terrorismo. Han quedado registrados numerosos y decididos intentos previos a la Conferencia de Roma; también durante la celebración de la misma, especialmente por parte de Argelia, India, Sri Lanka y Turquía. Sin embargo, fueron más los Estados los que consideraron su inclusión como una cuestión realmente problemática, principalmente, porque la Convención de NU para la Supresión del Terrorismo, desarrolló un concepto del mismo que no ha sido aceptado en términos generales. De ahí que se argumentase que su inclusión supusiese una politización de la CPI. El hecho de intentar incluir los actos de terrorismo en la lista de crímenes contra la humanidad, constituiría, por decirlo de otro modo –y bajo el prisma de la responsabilidad penal individual-, una novedad en la legislación internacional; esto iría por otra parte contra el enfoque de la Conferencia de Roma. Pero es que, además, era y es materia sobre la que no existen reglas codificadas, ni existe una *opinio iuris* fundada sobre costumbre alguna en este ámbito²⁷⁹. No hay, en suma, y tras varios intentos de la comunidad internacional y del Consejo de Seguridad, consenso alguno sobre qué debe entenderse por actos terroristas, y cuándo deben abordarse los mismos desde la responsabilidad penal individual. Como pone también de relieve ANDREAS ZIMMERMANN, sí tendrían la puerta abierta si la acción llevase aparejada los elementos requeridos por el tipo penal del genocidio o crímenes contra la humanidad (como parte del ataque sistemático contra la población civil).

Encontramos además excluidos los delitos relacionados con el tráfico de drogas. Aunque no ha sido incluido –al igual que los delitos de terrorismo-, la resolución E adoptada por la Conferencia de Roma, recomienda que en una ulterior revisión de la misma se reconsidere la posibilidad de incluir este delito. El Estado que demostró una intención más decidida para su inclusión fue Trinidad y Tobago; Estado que ya intentó en 1989 la creación de un tribunal internacional que castigase la comisión a gran escala de este tipo de crímenes. Tres, principalmente, han sido las causas por la que se rechazó su inclusión: en primer lugar, porque la mayoría de las delegaciones entendieron que la naturaleza jurídica de este tipo penal distaba mucho del elenco ofrecido por el art. 5 ER; en segundo lugar, su inclusión podría producir un colapso de la CPI; finalmente, era

²⁷⁹ El Tribunal Especial para el Líbano (constituido mediante resolución del CSNU 1757 (2007), de fecha 30 de mayo de 2007), cuyo principal cometido es enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte al ex primer ministro Rafiq Hariri, manifestó el 16 de febrero de 2011 que no existe ninguna norma de derecho consuetudinario en materia de terrorismo. Consultado en: <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/main/filings/orders-and-decisions/appeals-chamber/534-f0936> en fecha 18 de diciembre de 2016.

patente que la CPI carecía de los recursos necesarios para desarrollar complejas investigaciones que serían llevadas a cabo con mayor éxito por las autoridades judiciales nacionales, dada la escasa experiencia en cooperación judicial en asuntos de esta envergadura²⁸⁰.

Finalmente, podemos destacar el uso de mercenarios, que fue una iniciativa de Madagascar y la Unión de las Comoras, y que igualmente fue desechada. A diferencia de los dos anteriores delitos, ni siquiera tiene una reseña en el Acta Final de la Conferencia. La propuesta de estos dos Estados contenía una definición del mismo idéntica a la recogida en la Convención Internacional contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios, adoptada por la Asamblea General en 1989.

II. Entrando ahora de lleno en los delitos tipificados en el art. 5 ER y respetando su orden, hemos de analizar el delito de genocidio, cuyos elementos clave aparecen recogidos en el art. 6 ER que reproducimos a continuación:

“A los efectos del presente Estatuto se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;*
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcialmente;*
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;*
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.*

Cuando hacíamos una aproximación histórica de la CPI, se veía concretamente en el apartado referente al Tribunal Militar Internacional de Núremberg que el término genocidio fue acuñado por el jurista polaco RAPHAEL LEMKIN en 1944²⁸¹, jurista que analizó la desprotección -a la luz de los tratados de la época- de las minorías nacionales

²⁸⁰ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), op. cit., pág. 115.

²⁸¹ Vid. LEMKIN RAPHAEL: “Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation Analysis of Government Proposals for Redress, Washington (1944), Carnegie Endowment for World Peace.

entre las dos Guerras Mundiales. Se comentaba también que el término fue utilizado por los fiscales, pero no por los jueces, si bien en 1946 fue declarado crimen internacional por la Asamblea General de NU²⁸². Como bien ha puesto de relieve WILLIAM A. SCHABAS²⁸³, en aquel momento fue importante definir el genocidio como tipo penal diferente de los crímenes contra la humanidad, pues el concepto que se tenía de este último estaba íntimamente ligado al de conflicto armado de carácter internacional. De ahí que la Asamblea General quisiese reconocer esta atrocidad como un crimen distinto, perpetrable incluso en tiempo de paz.

Este art. 6 ER es, en esencia, copia del art. II de la Convención de 1948. La doctrina ha destacado que, si bien es un concepto de carácter restrictivo y de difícil aplicación en casos de matanzas y atrocidades masivas, ha permanecido a lo largo del tiempo, de suerte que la Conferencia de Roma no ha hecho sino mantener un concepto que se erige en norma de derecho consuetudinario. No obstante, hay que destacar que durante los trabajos del Comité preparatorio, fue objeto de discusión la pertinencia de aumentar el contenido definitorio del art. II de la Convención, en el sentido de incluir a los miembros de un grupo político y social. Finalmente, se optó por no incluirlos por un doble motivo: la ruptura del consenso en torno al delito que constituye “el crimen de los crímenes”²⁸⁴, y los posteriores problemas en los ordenamientos internos de los Estados parte. Por eso está blindado el concepto de genocidio, y se han incluido dentro del crimen de lesa humanidad todas aquellas acciones persecutorias fundadas en motivos distintos, preservando así esa esencia consuetudinaria a la que hemos hecho mención.

Por otra parte, es de capital importancia poner de relieve que lo que caracteriza el delito de genocidio de otros crímenes es el *dolus specialis*, manifestado en la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Por tanto, la existencia del elemento intencional hace que, por ejemplo, una matanza pueda subsumirse dentro del tipo penal del genocidio y no como crimen de lesa humanidad o crimen de guerra. Estas formas de destrucción del grupo han sido tradicionalmente divididas en tres categorías: físicas, biológicas y culturales. El genocidio cultural ha sido relegado a diversas declaraciones sobre derechos de las minorías y está fuera del ER, por la problemática que acarrearían interpretaciones

²⁸² AG. Res. 96 (I). Convención de 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y Castigo del Genocidio.

²⁸³ Vid. SCHABAS A., WILLIAM: “An introduction to the International Criminal Court”, Cambridge University Press (2002), pág. 30.

²⁸⁴ Vid. TPIR: Prosecutor vs. Kambanda (Case n.º ICTR-9723-S), sentencia de 4 de septiembre de 1998.

tendientes a incluir en este crimen ataques o supresiones culturales, como por ejemplo, una lengua concreta.

También han sido objeto de debate en el seno del Comité preparatorio los grados de participación y formas imperfectas de ejecución del delito. El ER, al igual que las disposiciones de la Convención, afirma que serán punibles el genocidio, la conspiración para cometer el mismo, la instigación pública y directa a cometerlo, la tentativa y la complicidad²⁸⁵. Sin embargo, también ha puesto de relieve la doctrina que el ER “a diferencia de la sistemática seguida en la Convención, que le dedica una disposición específica, o en los estatutos del TPIY y TPIR, que las incluyen al referirse a los demás elementos del injusto, el ER las trata dentro del marco general del principio de responsabilidad penal individual, distinguiendo específicamente respecto del crimen de genocidio: la instigación directa y pública a que se cometa”²⁸⁶. Así, como formas de participación, encontramos recogidas en el ER las siguientes: la autoría directa, la coautoría, la autoría mediata, la inducción y la complicidad.

Retomando nuevamente ese elemento intencional o *dolus specialis*, hemos de enmarcarlo en la práctica jurisprudencial que emana de los tribunales que ya hemos estudiado: el TPIY y el TPIR. Esta “intención de destruir total o parcialmente” seguida de cinco conductas ha sido interpretada por el TPIR, que ha declarado que “el genocidio es un crimen de intención específica”²⁸⁷. De ahí que, para que se pueda entender este crimen cometido, otro tribunal como el TPIY haya exigido “una valoración empírica de la prueba para constatar que la intención específica requerida (...) conduce al intento de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”²⁸⁸. También es destacable el apunte sobre la duración temporal del elemento intencional que ha hecho el TPIY, al destacar que no se requiere “que los actos genocidas hayan sido premeditados durante un largo periodo de tiempo”²⁸⁹, ya que la limpieza étnica de Srebrenica “escaló” a genocidio sólo uno o dos días después al comienzo de los hechos.

Sobre las cinco conductas genocidas, podemos hacer los siguientes comentarios: en primer lugar encontramos la matanza de miembros del grupo, donde ha de entenderse dicho término como generación de la muerte (con independencia del medio). Por lesión

²⁸⁵ Vid. art. III de la Convención.

²⁸⁶ Vid. LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, op. cit. pág. 111.

²⁸⁷ Vid. TPIR: Prosecutor vs. Ntakirutimana et al. ICTR-96-10-A, para. 364.

²⁸⁸ Vid. TPIY: Prosecutor vs. Sikirica et al. IT-95-8-I para. 58-59.

²⁸⁹ Vid. TPIY: Prosecutor vs. Krstić IT-98-33-T. para. 572.

grave física o mental, la Comisión Preparatoria especificó que la referencia a la lesión mental debía entenderse como algo más que el mero deterioro temporal de las facultades mentales²⁹⁰. Matizando esta consideración, el TPIR ha declarado que el causar lesiones graves a la integridad física o mental, no implica necesariamente que el daño sea permanente o irremediable²⁹¹. Por sometimiento intencional a determinadas “condiciones de existencia” -tercera conducta genocida-, habremos de incluir, en palabras del TPIR, “todos aquellos medios que deliberadamente infligen al grupo calculadas condiciones de vida que acarrearán su destrucción, en todo o en parte, incluyendo, inter alia, el sometimiento a una dieta de subsistencia, la expulsión sistemática de los hogares, o la reducción de servicios médicos por debajo del mínimo necesario”²⁹². Por otra parte, las medidas tendentes a evitar nacimientos, constituyen modalidades de genocidio biológico. Los trabajos preparatorios de la Convención de 1948 enumeraban medidas que incluían la esterilización, abortos, segregación por sexos y obstáculos para contraer matrimonio²⁹³. Es interesante a este respecto el juicio celebrado en Israel contra Adolf Eichmann, de acuerdo con la legislación israelí derivada de la Convención. En este proceso se acusó a Eichmann de ingeniar métodos cuyo propósito era prevenir el embarazo e interrumpir los mismos entre las mujeres judías del Gueto de Theresin, con intención de exterminar al pueblo judío²⁹⁴.

III. El concepto de crímenes de lesa humanidad ha ido evolucionado desde que fue recogido por primera vez en un texto legal de relevancia internacional en la Declaración de S. Petersburgo de 1868, que limitaba el uso de proyectiles explosivos o incendiarios “contrarios a las leyes de la humanidad”²⁹⁵. Posteriormente, este concepto recibió reconocimiento en la Conferencia de la Haya de 1899, en la que se adoptó por unanimidad la famosa cláusula Martens²⁹⁶. La primera referencia formal a determinados

²⁹⁰ Preparatory Committee Decision, febrero 1997.

²⁹¹ Vid. TPIR: Prosecutor vs. Rukundo ICTR-2001-70-A.

²⁹² Vid. TPIR: Prosecutor vs. Rukundo ICTR-2001-70-A.

²⁹³ Vid. UN Doc. E/623/Add. 2

²⁹⁴ Vid. <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10005179>, consultado el 5 de diciembre de 2016.

²⁹⁵ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), op. cit, pág. 152 y siguientes.

²⁹⁶ Esta cláusula toma su nombre del diplomático ruso Fyodor Fyodorovich Martens, cuyas palabras pronunciadas el 29 de julio de 1899, otorgaron carta de naturaleza al principio de humanidad. Las palabras fueron las siguientes: “Hasta que un código más completo de las Leyes de la guerra se emita, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el

crímenes contra la humanidad se encuentra en la Declaración de Rusia, Gran Bretaña y Francia de 24 de mayo de 1915, denunciando las masacres del Imperio Otomano contra los armenios, refiriéndose a las mismas como “crímenes contra la humanidad y la civilización por los que todos los miembros del gobierno turco afrontarían la responsabilidad juntamente con la responsabilidad de los agentes implicados en la masacre”²⁹⁷.

El problema de las masacres armenias²⁹⁸ es que en las negociaciones postbélicas surgieron autorizadas voces que objetaban contra la aplicación retroactiva de las disposiciones penales, por lo que no hubo ningún proceso dirigido contra los perpetradores del genocidio armenio (nótese, como hemos indicado, que entonces el genocidio no estaba conceptualizado como un tipo penal diferente, sino que entraba dentro de estas primigenias referencias a los crímenes de lesa humanidad).

El término volvió a utilizarse en 1945 como uno de los crímenes competencia del Tribunal Militar de Núremberg; sin embargo, en esta ocasión, los argumentos de irretroactividad fueron desechados. Aunque no se encontraron grandes objeciones para condenar a determinados alemanes por actos cometidos contra civiles en territorios ocupados, el Derecho Internacional no preveía la posibilidad de juzgar a civiles dentro de los territorios ocupados, además de que tampoco entraban dentro de las categorías de crímenes internacionales, principalmente a la hora de categorizar los crímenes perpetrados por nazis contra otros alemanes dentro del Estado alemán. Hubo un cambio de mentalidad, en buena medida como consecuencia del decidido intento de determinadas organizaciones no gubernamentales, calificándose las atrocidades nazis como crímenes contra la humanidad. El hecho es que los Aliados -como ha puesto de relieve WILLIAM A. SCHABAS-, no se encontraban cómodos con las derivaciones que esta calificación pudiera tener, en relación al trato dispensado a las minorías de sus países, además de los problemas que podrían surgir en un sistema colonial como el que había entonces. Esa es la razón por la que se propuso que los crímenes contra la humanidad sólo pudiesen ser cometidos si estaban enlazados con otro de los crímenes competencia del Tribunal Militar de Núremberg, es decir, crímenes de guerra y

imperio de los principios del derecho internacional, tal como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”.

²⁹⁷ Vid. http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html , consultado el 2 de diciembre de 2016.

²⁹⁸ Así lo ha destacado, entre otros, SCHABAS, A. WILLIAM, op. cit. Pág. 34 a 38.

crímenes contra la paz; así se estableció el nexo entre crímenes contra la humanidad y conflicto armado. Es importante entender este proceso y la relevancia que ha tenido eliminar este nexo. Sin embargo, no constituye una novedad del ER, pues fue el Consejo de Seguridad, quien al constituir el TPIR, eliminó la conexión con el conflicto armado, cuestión también reconocida en el TPIY en el caso Tadic. Así pues, llegamos al actual concepto de crimen de la humanidad del art. 7 ER, y las once conductas con las que se expresa:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Es importante destacar, dentro de la cabecera del artículo, los elementos que a continuación enumeraremos. Primeramente, se hace alusión a que “se cometa como parte de un ataque generalizado”, frase que enmarca el elemento objetivo del injusto. Sobre este extremo, CHRISTOPHER KEITH HALL y KAI AMBOS²⁹⁹ apuntan a la internacionalización que transforma estos actos en crímenes contra la humanidad, pues de otra manera serían crímenes contemplados exclusivamente en las legislaciones nacionales. Además, el tipo penal exige que se cometan como parte de un ataque. Estos actos, por otra parte pueden constituir el ataque en sí mismos. En segundo lugar, ese ataque debe ser “generalizado o sistemático”. El término “generalizado o sistemático” hace referencia a la escala de la acción o al número de víctimas³⁰⁰. El Proyecto de 1996 se refería a “gran escala” en el sentido de que el ataque alude a una multiplicidad de víctimas, lo que excluiría el eventual ataque de un acto aislado, de un criminal que actuase bajo propia iniciativa.

Dentro de los elementos subjetivos, la CPI no exige -a diferencia del art. 3 del Estatuto del TPIR-, un elemento discriminador. En aquel caso se requería que el ataque a la población se fundase en “motivos nacionales, políticos, raciales o religiosos”.

Como tercer elemento característico, ha de destacarse el hecho de que ese ataque ha de ir dirigido “contra una población civil”. Ello implica que la población civil debe ser el objetivo principal de dicho ataque. El TPIY, en el caso Kumarac, determinó que “el uso de la palabra población no significa que la totalidad de la población de la entidad geográfica en la que el ataque haya tenido lugar haya sido objeto de dicho ataque. Es suficiente con demostrar que un número de individuos han sido designados como objetivos en el curso de un ataque”³⁰¹. En suma, debe haber víctimas civiles, es decir, sin estatuto de combatientes de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, donde no es necesario que sean atacados por su condición de pertenencia a un grupo - recordemos que se ha hecho referencia a que el elemento discriminatorio no se exige-, sino que se consuma desde el momento en el que existen múltiples víctimas.

²⁹⁹ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), op. cit, pág. 165.

³⁰⁰ Esa es la opinión de Ambos.

³⁰¹ Vid. TPIY: Prosecutor vs. Kumarac N.º IT-96-23-T, para. 91.

En último lugar, aunque no por ello menos importante, como elemento intencional que resulta de las premisas anteriores, se exige un “conocimiento de dicho ataque”. Este elemento es la cristalización normativa de la jurisprudencia emanada del TPIY y del TPIR, donde se exigía que el perpetrador se supiese parte un ataque³⁰². Este elemento se exige porque es doctrina pacífica el hecho de catalogar los crímenes de lesa humanidad como crímenes de una naturaleza especial, en los que hay intención de cometer un crimen en un contexto particular con conocimiento del mismo, y por tanto de mayor gravedad moral (*moral turpitudine*).

IV. Como tercer crimen competencia de la CPI, de acuerdo con el art. 5 ER, encontramos los crímenes de guerra tipificados en el poco sistemático art. 8 ER:

“1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por «crímenes de guerra»:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) El homicidio intencional;

ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otras personas protegidas a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;

vii) La deportación o el traslado ilegal, o el confinamiento ilegal;

³⁰² Vid., por ejemplo: Prosecutor vs Elizapham. Case ICTR-96-10.

viii) *La toma de rehenes;*

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii) Declarar que no se dará cuartel;

xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;

xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto

en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;

xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal; especialmente los tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2.c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar del desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades de conflicto lo hagan imperativo.

f) El párrafo 2.e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2.c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo”.

Esta figura penal ha suscitado -en mayor medida que las ya analizadas-, una discusión durante toda el proceso de gestación del ER, empezando por una terminología que recogiese todo el elenco de infracciones, para lo cual se escogió finalmente la denominación “crimen de guerra”, en detrimento de otras utilizadas en el Proyecto de Código de la CDI de 1991 y en el Proyecto de Estatuto de 1994. Los crímenes de guerra representan, por otra parte, el tipo penal más antiguo de los cuatro, y fueron consecuentemente los primeros en ser castigados de acuerdo con el Derecho Internacional.

Se suele tomar como punto de partida normativo el IV Convenio de La Haya de 1907. El siguiente punto de inflexión lo encontramos plasmado en las infracciones graves recogidas en los cuatro Convenios de Ginebra. El problema de estas convenciones, como ha destacado la doctrina, es que no recogían todas las violaciones graves del *ius in bello*, quedando así fuera algunas verdaderamente importantes. Además, se añadía otro problema pues las víctimas sólo podían ser civiles o no combatientes, y su comisión quedaba circunscrita a los conflictos armados internacionales. Cuando se completaron y actualizaron los Convenios de Ginebra de 1949 con los Protocolos Adicionales de 1977, se eludió cualquier referencia a la posible comisión de infracciones graves durante un conflicto armado no internacional. Esta concepción continuó con la constitución del TPIY y su correspondiente estatuto de 1993. En relación precisamente al nacimiento del TPIY, el Secretario General aclaró que el estatuto de constitución no innovaría y que su contenido se limitaría a reconocer los crímenes recogidos por el derecho consuetudinario. De ahí que el art. 2 del mismo se refiriese a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, y el art. 3 a las violaciones propias de los usos y costumbres de la guerra propias del Derecho de la Haya. El cambio se va a producir al año siguiente con el nacimiento del TPIR, pues el Consejo de Seguridad reconoció la posibilidad de juzgar y condenar los crímenes de guerra cometidos en un conflicto no internacional³⁰³. Lo curioso es que un año más tarde ocurre lo mismo con el TPIY de manera retroactiva. En el repetidamente citado asunto Tadic se produce una reinterpretación de los usos y costumbres de la guerra, desde el punto de vista de la evolución del derecho consuetudinario, muy criticada por los efectos retroactivos en el ámbito penal. Según WILLIAM A. SCHABAS³⁰⁴, estos cambios en el seno de los tribunales *ad hoc*, fueron la preparación para el posterior reconocimiento por parte de los Estados de la responsabilidad por crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales.

En lo tocante a las conductas recogidas en el art. 8 ER, es el propio articulado el que divide las 53 en función del tipo de conflicto armado (internacional o no internacional), distinguiendo dentro de estos dos, a su vez, otras dos categorías. Al amparo del primer grupo se integran las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 del art. 8.2 a) ER, así como las violaciones graves de las leyes y usos aplicables

³⁰³ Vid. UN Doc. S/RES/955, Annex., art. 4.

³⁰⁴ Vid. SCHABAS, A. WILLIAM, op. cit. pág 42.

en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho Internacional del art. 8.2 b). Dentro de estas últimas se incluyen, como bien puede deducirse, las infracciones graves del Protocolo Adicional I de 1977, y las violaciones graves del Reglamento de La Haya de 1907. Parte de la doctrina, donde podemos destacar a MICHAEL COTTIER, entiende que la larga lista de conductas del art. 8.2 ER peca de falta de sistematización, particularmente los 26 delitos del art. 8.2 b) ER, ya que representa un elenco ilógico por no agrupar ordenadamente conductas en torno a bienes jurídicos idénticos. Entiende además dicho jurista que las conductas se sobreponen, siendo algunas iguales a las de otros preceptos; o reúnen en un mismo precepto conductas que bien merecerían preceptos diferenciados³⁰⁵. Soslayando en este trabajo el análisis de todas las conductas antijurídicas por no ser procedente, si recalcaremos – como elementos requeridos-, que es necesario que las mismas se desarrollen en un conflicto armado, si bien algunas conductas, como la repatriación de prisioneros, es más propia del *ius post bello*. Ello nos lleva, finalmente, a destacar que el perpetrador deberá ser consciente de que participa en un ataque sistemático o generalizado.

V. Por último, encontramos el crimen de agresión tipificado en el art. 5 d) ER, que inicialmente no fue definido en el ER, pues se postergó su contenido y elementos conceptuales por un periodo de 7 años, que era lo que disponía el art. 123.1 ER. De esta manera, se dejó al amparo de una conferencia denominada “Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas del Estatuto”. Esta conferencia tuvo lugar en Kampala durante los meses de mayo y junio de 2010, y en su seno se adoptaron de manera consensuada –al amparo del art. 123.1-, dos importantes enmiendas al ER: una relativa a los crímenes de guerra (Resolución RC/Res. 5), y otra referente al crimen de agresión (Resolución RC/Res.6). Esta última suprimió el art. 5.2 ER, que contemplaba que la “Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión, una vez que se apruebe una disposición en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará”. Las ratificaciones a estas enmiendas en España se hicieron a través del artículo único de la Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11

³⁰⁵ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), op. cit, pág 317.

de junio de 2010. Como queda señalado en el preámbulo de dicho texto legislativo³⁰⁶, “la ratificación por parte de España de las Enmiendas de Kampala, que suponen la ampliación de los crímenes de guerra y la tipificación del crimen de agresión, afianza el compromiso de nuestro país con la Defensa de los Derechos Humanos y la labor de la Corte Penal Internacional como organización independiente que encarna el paradigma de justicia penal universal y que abandera la lucha contra la impunidad frente a los más graves crímenes cometidos contra la humanidad”. Bonitas palabras, sin duda, pero que, desde un punto de vista jurídico, no son precisas, ya que en vez de invocar los Derechos Humanos debería haberse aludido al Derecho Internacional Humanitario, y no generalizar integrando todos los ilícitos penales bajo el concepto de crímenes contra la humanidad, pues como hemos visto, es un concepto que difiere de otros ilícitos que también reprime la CPI, como el genocidio. En cualquier caso, el art. 8 *bis* establece lo siguiente:

1.” A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

³⁰⁶ Vid. BOE nº 227, de 18 de septiembre de 2014.

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”.

La lectura de este artículo permitirá estudiar el triple eje sobre el que queda vertebrado. De esta manera, como han destacado ANDREAS ZIMMERMANN y ELISA FREIBURG³⁰⁷, el apartado primero define el crimen de agresión, que integra todos aquellos actos de agresión que “por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas”. El apartado segundo define por otra parte qué debe entenderse por “acto de agresión”, recogiendo 7

³⁰⁷ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), op. cit, pág. 583

supuestos que han de ser puestos en relación con su antecedente: la definición de crimen de agresión recogida en la Resolución de la Asamblea General de NU 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974³⁰⁸. En tercer lugar, el apartado primero recoge varias modalidades del crimen de agresión (planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión), así como las personas que pueden llegar a cometerlo (quienes controlan o dirigen efectivamente la acción política o militar de un Estado).

Además, necesariamente habrá de relacionarse el art. 8 *bis* con los arts. 15 *bis* y 15 *ter*. El primero³⁰⁹ versa sobre el ejercicio de la competencia respecto de este crimen, cuando hay una remisión por parte de un Estado (si es cometido por los nacionales de un Estado no Parte o en territorio del mismo, la CPI no puede ejercer su competencia); mientras que el segundo³¹⁰ regula la competencia cuando la remisión la realiza el Consejo de Seguridad.

³⁰⁸ Vid. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_s.pdf, consultada el 10 de diciembre de 2016.

³⁰⁹ Señala que: “1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. 5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. 6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión. 8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16. 9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. 10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5”.

³¹⁰ Afirma que: “1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

Sobre quiénes pueden cometer este crimen, personas capaces de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, hay que traer a colación la doctrina emanada del Tribunal Militar de Núremberg, concretamente del juicio contra el Alto Estado Alemán. En él se destacó la imposibilidad de que Hitler llevase a cabo su política de guerra agresiva sin la preparación, planeamiento y desarrollo de los imputados³¹¹. Entran en esta categoría, consiguientemente, jefes de Estado, de gobierno, ministros de defensa y militares de alto rango, lo que implica un control sobre la acción política o militar del Estado en cuestión. Un sector doctrinal, entre ellos los juristas arriba mencionados, entienden que potentados industriales y grandes empresarios también pueden ser potenciales sujetos activos de este delito, lo que en una época de privatización del ámbito de la defensa, cobra relevancia. Este razonamiento encuentra también consistencia en el Tribunal Militar de Núremberg, concretamente en el conocido como juicio Krupp contra relevantes industriales alemanes. En él se puso de manifiesto la capacidad del sector industrial para influir en el devenir del Estado. También pueden ejercer influencia los líderes religiosos, sobre todo en Estados en los que la religión juega un papel predominante en la organización de la sociedad.

Cabe asimismo destacar con ANDREAS ZIMMERMANN y ELISA FREIBURG una cuestión obvia³¹² pero relevante a la luz de lo ya comentado: el carácter interestatal del crimen. Esto implica que el sujeto activo, además de reunir el requisito de llevar a cabo o influir en la acción estatal de manera directa, el sujeto pasivo es el Estado agredido (si bien, como es lógico, quienes padecen las consecuencias son los ciudadanos de dicho Estado y las instituciones que lo sustentan). Si quien ejerce la influencia directa no posee la nacionalidad del Estado agresor, no queda eximido de su responsabilidad.

Llegados a este punto, hemos de hacernos una pregunta fundamental: ¿qué constituye una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas? Esta cuestión entronca directamente con lo señalado en el art. 2.4 de la Carta, que dispone que:

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5º.

³¹¹ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), pág. 591.

³¹² Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI (coord.), op. cit, pág. 592.

“Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

Las dos excepciones que permiten recurrir al uso de la fuerza son aquellas acciones –previstas en el Capítulo VII de la Carta–, autorizadas por el Consejo de Naciones Unidas en caso de amenazas o quebrantamiento de la paz, y la legítima defensa expresamente prevista en el art. 51 de la Carta³¹³. Para responder, hemos de volver al ámbito conceptual del tipo penal. En su definición intervino de manera activa –tal era el propósito de su formación–, el denominado SWGCA (Special Working Group on the Crime of Aggression), preparando la posterior discusión de la Conferencia de Kampala. Como ha destacado ROGER S. CLARK (que formó parte de ese grupo), una de las ideas presentes en el comité de trabajo³¹⁴ fue la de evitar, en la medida de lo posible, la naturaleza arbitraria de la Resolución 3314. Esta Resolución facultaba al Consejo de Seguridad para determinar que un acto que reunía todos los elementos del crimen de agresión no era tal y, en sentido contrario, otros actos que no eran tales, otorgarles esa naturaleza. Para intentar limitar, en la medida de lo posible, esta arbitrariedad, las violaciones manifiestas de la Carta se sustentan sobre tres factores: carácter, gravedad y escala; factores que habrán de probarse, aunque FREIBURG y ZIMMERMANN entienden que, con reunir dos, ya sería suficiente para condenar a alguien. También apuntan a que, “por su carácter”, se alude a la naturaleza del acto de agresión, y, por tanto, a la motivación subjetiva de la persona responsable del uso de la fuerza (no es lo mismo ocupar un territorio extranjero para apropiárselo, que para defender los derechos humanos de los que allí viven). La “gravedad” sería el criterio cualitativo, que implicaría la determinación de utilizar ciertos medios (como los bombardeos), que pueden causar importantes daños. La “escala” representaría el factor cuantitativo,

³¹³ Señala que: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

³¹⁴ Vid. S. CLARK, ROGER: “Negotiating Provisions Defining Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It”, consultado en <http://ejil.oxfordjournals.org/content/20/4/1103.full.pdf> el 5 de diciembre de 2016.

cuestión que habrá de valorarse en función del tiempo y del lugar. Todo ello debería desembocar en esa violación manifiesta de la Carta de NU. En consecuencia, la conjunción de estos elementos fuera de los casos de legítima defensa (contra actores estatales y no estatales), la responsabilidad de proteger, las intervenciones humanitarias autorizadas por el Consejo de Seguridad, intervenciones por ofrecimiento del Estado receptor u operaciones de rescate y evacuación de nacionales en Estados extranjeros (en determinadas situaciones), puede ser catalogada como un crimen de agresión.

Como conclusión sobre lo señalado podemos hacer la siguiente valoración crítica:

1) El paraguas protector de la CPI debe involucrar a más sectores de la población.

Los crímenes competencia de la CPI constituyen el punto inicial de un recorrido que no ha de detenerse. Con esto no estamos propugnando una inclusión progresiva de un mayor número de delitos en el elenco del art. 5 ER, sino un mayor alcance protector de su contenido en relación a la población que está bajo su paraguas protector (ámbito geográfico). En este sentido, se ha adoptado una estrategia realista, para que un proyecto de esta magnitud comience a rodar, al optarse por incluir supuestos recogidos por la costumbre internacional. Ahora bien, una vez cumplimentado este primer estadio, ha de diseñarse una nueva estrategia tendente a una mayor ratificación del ER, principalmente entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que aún muestran recelo e incluso rechazo frontal. Para ello es fundamental un afianzamiento del carácter complementario de la CPI, y una mayor transparencia (no sólo en el presupuesto económico, sino, sobre todo, en los procedimientos que se inician fruto de la inestabilidad de un Estado, y, consecuentemente con un alto grado de politización). Como no es tarea sencilla “acompañar” a un Estado de estas características por el camino de la inclusión y participación en un sistema de eficacia del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario, debe ser una tarea acometida por diversos frentes.

En primer lugar, es más sencillo que países con grandes bolsas de población y que están experimentando un gran desarrollo (como la India), ratifiquen el ER. Esto provocaría un aislamiento de los reticentes, y por tanto, una reducción de autoridad: sobre todo cuando se acometan en un futuro reformas de gran calado como la del Consejo de Seguridad, y su función de garante de la estabilidad mundial. En segundo lugar, sería interesante pensar un plan progresivo de acoplamiento de sistemas jurídicos.

2) La función de prevención de delitos como primer efecto positivo.

Es patente que está funcionado la prevención de delitos, que es una de las finalidades inherentes a la CPI. El preámbulo de la CPI se expresa en los siguientes términos: *“Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”*. ¿Cómo puede cuantificarse esa prevención? La prevención puede enfocarse desde un doble punto de vista, pues de un lado, asociarse una pena a la comisión de un delito y existir actividad judicial (bien por el propio Estado, bien por actividad de la fiscalía de la CPI) el número de crímenes desciende porque ya no hay impunidad. Por otro lado, existe una prevención de carácter social, en la que, con independencia de la existencia de un proceso –por los motivos que sean-, alguien que presumiblemente haya cometido alguno de los delitos competencia de la CPI, puede quedar estigmatizado o aislado en sus relaciones. El caso del presidente sudanés Omar al Bashir puede ser un ejemplo, pues si bien se han iniciado los trámites contra él en la CPI y se ha dictado una orden de arresto, el mismo se encuentra muy limitado en sus relaciones internacionales. Sí que es un hecho pacíficamente aceptado, sobre todo en lo atinente a países africanos, que cuando un Estado ratifica el ER, el nivel de violencia desciende (sobre todo en lo que atañe a conflictos armados no internacionales y la consiguiente violencia contra civiles)³¹⁵. Existen además estudios que prueban cómo el carácter complementario de la CPI ejerce una efectiva vigilancia sobre los sistemas judiciales de los Estados, sobre los que pesa primeramente la responsabilidad de ejercer la acción penal. De ahí que, al percibir potenciales delincuentes una respuesta por parte del sistema, se reduzca la impunidad y la actividad delictiva³¹⁶. Se produce así el denominado –por quienes más han estudiado el tema- “síndrome Lubanga”³¹⁷, es decir, un temor a ser procesado, que ha tenido –entre otros muchos efectos-, un cambio en las prácticas de reclutamiento de niños soldado³¹⁸.

³¹⁵ Vid. BURKE, KEVIN: “The Deterrent Effect of the International Criminal Court” en: <http://globalsolutions.org/blog/2015/03/Deterrent-Effect-International-Criminal-Court#.WHtaU4WcHIU> consultado en fecha 10 de enero de 2017.

³¹⁶ Cfr. a este respecto el estudio de la International Nuremberg Principles Academy de SCHENSE, JENNIFER y CARTER, LINDA: “Two Steps Forward One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals”, pág. 28.

³¹⁷ Vid. KERSTEN, MARK: “The International Criminal Court and Deterrence-The Lubanga Syndrome”, consultado en fecha 16 de enero de 2017 en <https://justiceinconflict.org/2012/04/06/the-international-criminal-court-and-deterrence-the-lubanga-syndrome/>. En el mismo se pone de manifiesto, gráficamente, que: *“Reportedly, the Lubanga syndrome has induced Congolese militia leaders to release child soldiers from their ranks and into Disarmament Demobilisation and Reintegration (DDR) programmes. Based on this, claims have been made that the Court has positively influenced militia behaviour on the ground.*

3) La existencia de la CPI asienta el respeto por el Derecho Internacional Humanitario.

En la medida en la que el espectro del conflicto cambia, los conflictos armados son en su gran mayoría no internacionales (con efectos globales), y hay una escalada de terrorismo llamada a ir incrementándose por la disparidad de métodos de guerra, por lo que procede dar una respuesta satisfactoria al terrorismo mediante una mayor aplicación del art. 5b) ER. Sobre esta cuestión dedicaremos un epígrafe completo, a la luz de la violencia ejercida por el DAESH. Aquí será preciso analizar el equilibrio entre legitimidad, jurisdicción internacional e impunidad.

4) Los argumentos contra la CPI son efectivos pero inconsistentes.

Previsiblemente, el elemento clave de la consolidación de la institución se sustentará en el mantenimiento y esfuerzo comunicador por mostrar la despolitización de la misma. El resto de argumentos, presumiblemente, caerán por las razones expuestas.

However, other leaders have been reported to have instructed their 'kadogos' (a KiSwahili term used to refer to children in armed groups) to lie about their age upon arrival at child protection centres or hide when child protection workers were present. Messages also circulate that children were simply left behind by commanders joining the brassage process (brassage refers to the process of (re)training combatants as well as integrating former belligerents into the Congolese national army)".

³¹⁸ Vid. el artículo de JO, HYERAN y SIMMONS, BETH A.: "Can the International Criminal Court Deter Atrocity?" disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552820 consultado en fecha 12 de enero de 2017. El enfoque general del informe puede extraerse de la pág. 7 donde se apunta lo siguiente: "Our investigation avoids generalized claims and instead advances conditional arguments about ICC deterrence, flowing both from its formal authority to prosecute and its focal power as a socially relevant justice institution. We are careful to craft arguments conditional on who is expected to be deterred. We argue first that ICC jurisdiction increases the risk of prosecution compared to impunity, and that this can deter some individuals from committing crimes, especially when the ICC signals its will and capacity to prosecute. But acknowledging the uncertainty of being tried and punished, we argue the ICC is more likely to deter actors when they are sensitive to social pressure. Actors who are concerned with their legitimacy in the eyes of domestic publics and/or the international community are much more likely to be deterred by the possibility of ICC prosecution than those who are not".

4. Competencia *ratione personae*, *temporae* et *loci*

4.1- Competencia *ratione personae*

I. Tanto el Tribunal Militar de Núremberg como el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente recogían en sus documentos constitutivos la posibilidad de juzgar a aquellos que hubiesen actuado tanto en interés de los países del Eje, como a los criminales de la guerra en Asia, respectivamente. De esta manera, la nacionalidad fue un criterio clave para seleccionar a los acusados³¹⁹. Sin embargo, en aquellos momentos había una necesidad objetiva de condenar al nazismo, tanto en su vertiente ideológica como organizativa y política, por lo que el art. 9 del Estatuto de Núremberg facultaba a los jueces para declarar a alguien culpable por su pertenencia a una organización criminal³²⁰. Como seguidamente veremos, el ER únicamente recoge la responsabilidad penal individual. Esto se debe, principalmente, al complicado proceso de inculpación de asociaciones de Núremberg, cuestión que se tradujo en que sólo tres de las seis organizaciones acusadas fueron declaradas criminales³²¹: el NSDAP³²², la GESTAPO³²³ y las SS³²⁴.

Con los tribunales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda, la competencia recaía exclusivamente sobre personas físicas o naturales, alejándose así de los parámetros surgidos con los procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial³²⁵, en parte por la experiencia de Núremberg, y en parte por el distinto trato que dispensan los sistemas jurídicos caracterizados en la CPI a las organizaciones criminales. Por eso, a pesar de la

³¹⁹ Vid. capítulo cuya autoría recae en FRULLI, MICAELA en CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA y JONES, R.W.D. JOHN (coordinadores): “The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary”, Oxford University Press, 2002, Vol. 1 págs. 527 y siguientes.

³²⁰ El art. 9 señalaba que: “*En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal. Una vez recibido el Escrito de Acusación, el Tribunal hará las notificaciones que estime convenientes si estima que la acusación pretende que el Tribunal haga tal declaración, y cualquier miembro de la organización tendrá derecho a solicitar al Tribunal permiso para ser oído por el mismo respecto de la cuestión de la naturaleza criminal de la organización. El Tribunal estará facultado para acceder a la petición o denegarla. En caso de acceder, el Tribunal podrá indicar la forma en que serán representados y oídos los solicitantes*”.

³²¹ El estatuto constitutivo no indicaba cómo debía ser el grado de relación con la organización.

³²² Es el Partido Nacionalsocialista Alemán, existente entre 1920 y 1945.

³²³ La Geheime StaatsPolizei, o policía secreta del Estado.

³²⁴ Las Schutzstaffel o escuadras de protección.

³²⁵ El art. 6 del estatuto del TPIY señalaba que: “*El Tribunal Internacional ejercerá jurisdicción sobre las personas naturales de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto*”.

El art. 5 del TPIR disponía que: “*El Tribunal Internacional para Rwanda ejercerá jurisdicción sobre las personas naturales de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto*”.

existencia de grupos como los Tigres de Arkan en Yugoslavia o los Hutu Interahamwe en Ruanda –plataformas desde las que se cometieron miles de crímenes-, los tribunales *ad hoc* no se han pronunciado sobre la naturaleza de estos grupos.

En palabras de Secretario General de la ONU en 1993: “La cuestión que se plantea es si una persona jurídica, como una asociación o una organización, puede ser considerada criminal y por tanto que también sus miembros, por la única razón de su pertenencia, puedan estar sujetos a la jurisdicción de un tribunal internacional. El Secretario General estima que no se debe sostenerse este planteamiento en sede judicial. Los actos criminales recogidos en este estatuto son llevados a cabo por personas naturales, y esas personas son las que deben someterse a la jurisdicción del tribunal internacional, con independencia de su pertenencia a grupos”,³²⁶.

Este sería, a grandes rasgos, el trazado histórico por el cual llegamos al actual concepto de responsabilidad penal individual del art. 25 ER, piedra angular de la competencia *ratione personae*:

“1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

³²⁶ Vid. UN doc. S/25704, 3 de mayo de 1993, para. 51. Boutros Boutros-Ghali.

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

Queda así excluida la posibilidad de ejercicio de la competencia de la CPI sobre todo tipo de asociaciones u organizaciones, y esto incluye la responsabilidad internacional del Estado. Esta última apreciación es interesante, pues la responsabilidad internacional del individuo y la responsabilidad internacional del Estado son ámbitos diferenciados que, en algunos supuestos, pueden quedar conectados (principalmente en aquellos supuestos en los que el individuo actúa por cuenta del Estado). Como destacan LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, el ER “salva esta conexión, al señalar que nada de lo establecido en el Estatuto respecto de la responsabilidad de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional (art. 25.4),

siguiendo también en este punto lo establecido en el Proyecto de código de crímenes de la CDI de 1996 (art. 4)”³²⁷.

II. ¿Cuáles son las distintas formas de autoría del responsable penal? Con el art. 25.3 a) ER, podemos distinguir entre la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata. Asimismo, se establece como formas de participación en el delito la inducción, preparación y provocación (art. 25.3 b) ER), la complicidad (art. 25.3 c) ER), y una figura semejante a la conspiración anglosajona (art. 25.3 d) ER), en relación con la contribución con la comisión o tentativa de comisión de un crimen por un grupo de personas, que tengan una finalidad común. Todo ello ha de estar, obviamente, conectado con el elemento de intencionalidad recogido en el art. 30 ER. Ello requiere la concurrencia del elemento intelectual (conocimiento de la actuación propia) y el elemento volitivo (voluntad de producir una determinada consecuencia en el curso normal de los acontecimientos).

III. A continuación, es preciso analizar lo que sucede con la responsabilidad que puede recaer sobre Jefes de Estado y de Gobierno, personas que ostentan jefaturas o superioridad de menor entidad, así como los subordinados que actúan por órdenes del superior. Como vemos, son todos ellos supuestos en los que el presunto responsable podría, *a priori*, ver modificada su responsabilidad penal. No obstante, la ley penal internacional no hace distinguos en lo que a cargos oficiales atañe. En lo tocante a los Jefes de Estado y de Gobierno, el cargo oficial –de acuerdo con lo previsto en el art. 27.1 ER³²⁸– no constituye una eximente de la responsabilidad penal, ni tampoco una atenuante. El art. 27. 2 ER es tajante al señalar que “*las inmunidades y las normas de procedimiento que conlleve el cargo oficial de una persona con arreglo al derecho interno o al derecho internacional no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella*”. No podía ser de otra manera, so pena de crear una organización internacional carente de recursos y contenido, pues los que tienen poder decisorio en los Estados y son capaces de cometer, por ejemplo, un crimen de agresión, son

³²⁷ Vid. LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, op. cit. pág. 143.

³²⁸ Este artículo señala que: “*El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena*”.

precisamente aquellos que tienen las más altas responsabilidades. Dicho esto, hay que poner de relieve que la inmunidad estatal de estas dos figuras trae causa en la *ratione personae*, es decir, que su justificación halla asidero mientras la persona en cuestión ostente la posición beneficiaria de la inmunidad, pero en ningún caso cubre los actos criminales que se hubiesen cometido prevaleciéndose de dicha posición³²⁹. En este sentido, REMIRO BRETONS destaca la complicación que puede surgir ante la posibilidad de que nos encontrásemos ante un jefe de Estado en activo o en el ejercicio de su cargo, en la medida en que en este caso la alegación de la inmunidad enlaza con el fundamento de esa institución, basado en el ejercicio de soberanía del Estado. En este orden de cosas, cabe preguntarse en qué medida el ER ha podido modificar las inmunidades de las que disfrutaban los Jefes de Estado y de Gobierno. De la lectura conjunta de los artículos 27 y 98³³⁰ ER, MARTÍN MARTÍNEZ entiende que con el ER se establece un nuevo régimen “que permite desactivar con carácter general las inmunidades para el supuesto de que la Corte tenga que ejercitar su competencia sobre una persona que, en principio, pudiera beneficiarse de las mismas. Así, aunque el Estatuto es taxativo en cuanto al régimen aplicable si la CPI ejerce su competencia, es evidente que no puede cambiar *per se* otros regímenes existentes en Derecho internacional. Por ello, la Corte no podrá obligar a un Estado a colaborar con ella, si tal colaboración implica forzar a ese Estado a incurrir en responsabilidad internacional por la violación de una obligación contraída con un tercer Estado mediante la renuncia a la inmunidad”³³¹.

En resumen, la CPI podría, si fuese necesario, dictar un auto de procesamiento contra cualquier Jefe de Estado o de Gobierno con independencia de si está en servicio activo o de si no se encuentra ejerciendo el cargo en cuestión. Sobre esta premisa hay que distinguir si está en activo o no: si no está en activo, es cuestión carente de

³²⁹ A este respecto vid. REMIRO BRETONS, ANTONIO: “El caso Pinochet. Los límites de la impunidad”, Política Exterior-Biblioteca nueva, Madrid, 1999, págs.117 y siguientes.

³³⁰ El art. 98 ER dispone que: “1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.

³³¹ Vid. LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, op. cit. pág. 145.

problemática, pues la CPI puede ejercer su competencia (salvo que estuviésemos ante un caso de cosa juzgada); si, por el contrario, estuviese en activo e invocase la inmunidad ante la jurisdicción nacional, el Estado requerido quedará exento de la obligación de cooperación cuando pueda incurrir en responsabilidad internacional frente a un tercer Estado. La excepción la encontramos cuando es el Consejo de Seguridad quien activa el procedimiento, pues existe una obligación de todos los Estados parte de cooperar a la entrega y detención³³².

IV. Respecto a las jefaturas de menor entidad, la cuestión no resulta nimia si se piensa, por ejemplo, en muchos tipos penales ubicados dentro de los crímenes de guerra, en donde la mayoría de las acciones punibles son llevadas a cabo y, sobre todo, ordenadas o permitidas por mandos de menor entidad. En este supuesto, de acuerdo con el ER, podemos ver que se contempla bien una responsabilidad directa (art. 25.2 b) ER), en todos aquellos casos en los que se ordenara su comisión, bien una responsabilidad indirecta, pues el art. 28 ER establece que:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados

³³² Vid. art.13 b) ER.

bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento

de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Este art. 28 ER representa una continuidad histórica, pues la responsabilidad indirecta es un concepto que lleva desarrollándose desde Núremberg; responsabilidad indirecta que también fue abordada con los tribunales *ad hoc* en los artículos 7 del TPIY y el 6 del TPIR ya citados³³³. En el art. 28 ER quedan recogidos los tres elementos para atribuir la responsabilidad penal a estos mandos intermedios, a saber: la existencia de un vínculo de subordinación; la obligación del deber de saber del superior; y la obligación del superior de actuar, bien adoptando las medidas a su alcance para reprimir, bien poniendo los hechos en conocimiento de las autoridades para su enjuiciamiento. Este sería el único supuesto de comisión culposa, suponiendo una excepción al ya mencionado art. 30 ER, que exige la intencionalidad³³⁴.

³³³ También tiene su reflejo en el art. 86 del Protocolo Adicional I: “1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes. 2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo. 3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

³³⁴ Así ha sido puesto de relieve por RODRÍGUEZ-VILLASANTE, JOSÉ LUIS en: “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), Creación de una

V. También hay que valorar qué es lo que ocurre desde el punto de vista de la responsabilidad penal, cuando el inferior es quien comete el delito por imposición del superior. Los estatutos³³⁵ del Tribunal Militar de Núremberg³³⁶ y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente se ocuparon de la cuestión, no concediendo el estatus de eximente de responsabilidad penal la obediencia de órdenes superiores, considerándola, en su caso, como posible atenuante. El mismo tratamiento jurídico otorgan los artículos 6 y 7, respectivamente, de los estatutos constitutivos del TPIY y del TPIR, ambos ya mencionados. El ER enfoca la problemática de manera diferente, pues el art. 33 ER, a diferencia de los antecedentes citados, prevé que en ciertos supuestos la obediencia debida sea considerada eximente y no atenuante:

“1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”.

En relación con este artículo, podemos extraer los siguientes criterios:

a) Relación jerárquica en conexión al gobierno o superior (requisito de carácter objetivo). Como apunta STEFANIE BLOCK, las órdenes de un gobierno³³⁷ pueden emanar de cualquier persona que pertenezca a la orgánica gubernamental, y que, en el ejercicio de sus funciones, pueda actuar en el nombre del gobierno. Con el término superior no se establecería una alternativa, sino que se clarifica y delimita el origen de la orden. En cualquier caso, se exige una relación de subordinación respecto de alguien frente a quien se está obligado a seguir sus instrucciones.

jurisdicción penal internacional, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000.

³³⁵ Vid. el repaso histórico al efecto en KAI AMBOS, op. cit.

³³⁶ El art. 8 de su estatuto establecía que: “El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige”.

³³⁷ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS KAI (coordinadores), op. cit págs. 1191 y siguientes.

b) Desconocimiento de la ilicitud de la orden. Esta condición se cumple si no se probase que el acusado tiene conocimiento cierto de la ilicitud de la orden. Aquí se abre una nueva vía al posibilitar el art. 32 ER el error de prohibición, tratando dicho artículo el error de derecho como eximente si concurren los requisitos del art. 33 ER. Constituye una excepción a la eximente de cumplimiento por *ignorantia iuris*.

c) Que la orden no sea manifiestamente ilícita: es un requisito objetivo de orden sustantivo. Según STEFANIE BOCK, esta tercera condición opera como una especie de compensación frente a la aceptación del error por los subordinados³³⁸. El ER establece la presunción de que las órdenes de cometer genocidio y crímenes contra la humanidad son manifiestamente ilícitas. Si el subordinado tuviese que optar entre obedecer una orden que sabe que es manifiestamente ilícita o asumir las consecuencias de su desobediencia, nos encontraríamos ante un supuesto de estado de necesidad³³⁹ recogido en el art. 31.1 d) ER, el cual establece que:

“Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

i) Haber sido hecha por otras personas; o

ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control”.

VI. Además de las causas eximentes de responsabilidad penal recogidas en el art. 31 ER, se ha de traer a colación la exclusión de la competencia de la CPI de los menores de 18 años, según lo dispuesto en el art. 26 ER³⁴⁰. Es la primera vez que se recoge en el estatuto de un tribunal penal internacional un límite de edad, pues ni el Tribunal Militar de Núremberg, ni el Tribunal Militar de Tokio, ni el TPIY ni el TPIR contienen disposiciones al respecto. Lo interesante en este punto es resaltar que, además de haberse suscitado un interesante debate en torno a la cuestión del límite de edad (por no

³³⁸ Vid. TRIFFTERER, OTTO y AMBOS KAI (coordinadores), op. cit. pág. 1195.

³³⁹ Vid. LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, op. cit. pág. 149.

³⁴⁰ El art. 26 establece que: “La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”.

ser uniformes las legislaciones nacionales de los Estados parte al respecto)³⁴¹, con 15 años se puede ser combatiente legítimo de acuerdo con el Derecho internacional. No es un asunto nimio, porque en casi todos los conflictos armados que se dan en la actualidad participan personas de esa edad³⁴². Para suplir el vacío, un sector doctrinal entiende que deben ser los organismos judiciales quienes se encarguen de enjuiciar los hechos³⁴³. Otros entienden que, de acuerdo con algunos sistemas judiciales, el art. 26 ER podría ser un menoscabo para los derechos del menor³⁴⁴.

³⁴¹ Las edades para alcanzar la mayoría de edad pueden variar mucho entre países, incluso entre las provincias de éstos. Por ejemplo, en British Columbia (Canadá) se establece la edad de 19 años a diferencia del resto del país.

³⁴² Vid. REYES PARRA, PAOLA DIANA: “Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 24 (1-2), semestre 2013, págs. 35 a 56.

³⁴³ Vid. FRULLI, MICAELA en CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA y JONES, R.W.D. JOHN (coordinadores): op. cit. pág. 539.

³⁴⁴ Sobre los menores de 15 años como combatientes ilegítimos vid.: <http://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/los-ninos-soldado/> (consultado el 6 de marzo de 2017). Sobre este particular es interesante el enfoque aportado por el Tribunal Especial para Sierra Leona.

4.2- Competencia *ratione temporis*

I. Como suele suceder con la normativa penal, esta no se aplica de manera retroactiva, pues supondría un ataque frontal al principio de legalidad. Ahora bien, el ejercicio de la competencia *ratione temporis* está sujeto a ciertas condiciones: además de constatarse que es uno de los delitos tipificados en el art. 5 ER, debe tratarse de un delito cometido con posterioridad a la entrada en vigor del ER. La excepción la encontramos con la incorporación de un Estado después de la entrada en vigor del ER. En este caso, la CPI –si media declaración de voluntad del Estado en cuestión–, puede conocer de los posibles crímenes cometidos desde la entrada en vigor del ER y ese Estado. Así lo dispone el art. 11ER³⁴⁵:

“1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”.

³⁴⁵ A su vez, el art. 124 ER, a modo de disposición transitoria, establece que: “No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123”.

4.3- Competencia *ratione loci*

I. En lo tocante a la competencia *ratione loci*, el preámbulo del ER es ambicioso al establecer *in fine* el párrafo 9 de su preámbulo una “competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. La competencia en razón del lugar viene delimitada en el art. 12 ER:

“1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;

b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

Este contenido se puede ver ampliado en el caso de que sea el Consejo de Seguridad quien remita a la CPI algún asunto particular para su investigación, con independencia de su procedencia, pues el art. 13 ER establece:

“La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

Pensamos que los dos artículos reseñados son los que mejor reflejan esa tensión, o mejor dicho, el equilibrio necesario entre la soberanía estatal y la justicia universal. Cabe por último preguntarse qué sucede cuando estamos en algún ámbito carente de soberanía como puede ser la alta mar. En ese caso sería la bandera del pabellón o registro de matrícula de acuerdo con el art. 12.2 a) ER lo que decante la cuestión.

4.- Valoración crítica

Al amparo de lo expuesto en cuanto a la competencia *ratione personae, temporae et loci*, se pueden plantear las siguientes cuestiones:

1) ¿Es efectiva una CPI ceñida exclusivamente a la responsabilidad criminal de carácter *naturae personae*?

A nuestro juicio, la opción elegida es a priori un acierto por dos razones. Primero, porque pensamos que facilita el ejercicio jurisdiccional de la CPI, al no tener que juzgar una organización al completo que, dada la naturaleza de los crímenes atribuidos, únicamente podría ser ejercida por un grupo que tuviese a disposición las herramientas estatales para cometer las acciones delictivas. En este sentido, contribuye a la despolitización de la CPI pues, a pesar de que algunas organizaciones criminales causan un natural rechazo basado en fundamentos objetivos, algunas podrían prestar servicios de carácter asistencial a un segmento de la población (son aspectos que en muchos conflictos se entremezclan).

Y segundo, porque es indiferente la pertenencia a la organización criminal, pues siempre habrá que demostrar la responsabilidad penal individual del art. 25 ER. Las medidas que se están tomando en relación a las organizaciones criminales actualmente, van dirigidas a los Estados para que asuman protocolos de decomisos, cooperación, medidas fiscales, etc. Un buen ejemplo podría ser la Convención de NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los protocolos que en ella se proponen³⁴⁶.

2) ¿Queda acotada la inmunidad de los jefes de Estado o de Gobierno, cuando estos cometen determinados crímenes?

Omar Al Bashir puede servirnos de ejemplo para la siguiente consideración. El Fiscal de la CPI presentó el 14 de julio de 2008 a la Sala de Cuestiones Preliminares determinadas pruebas que sustentaban una solicitud de orden de detención contra Omar Al Bashir por diez cargos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. El 4 de marzo de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó una orden de

³⁴⁶ Vid. resolución 55/25 de la Asamblea General de UN disponible en <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>, consultado en fecha 15 de febrero de 2017.

detención por cinco cargos de crímenes de lesa humanidad, incluidos actos de exterminio, violación y asesinato y dos cargos de crímenes de guerra. Todas estas acciones parten de la resolución del Consejo de Seguridad 1593 (2005) en la que, dada la situación de inestabilidad de Sudán, el Consejo de Seguridad entendió que la misma constituía una amenaza para la paz y seguridad internacional, decidiendo remitir la situación al Fiscal de la CPI, desde el 1 de julio de 2002. Lo que ha seguido después puede resumirse como la absoluta falta de voluntad del gobierno sudanés para juzgar numerosos hechos derivados del conflicto, juntándose a la orden de arresto, la de 12 de julio de 2010 por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra entre 2003 y 2008³⁴⁷ (sin alusión al genocidio). Actualmente el caso se encuentra en la Sala de Cuestiones Preliminares, hasta que Omar Al Bashir sea transferido a la CPI. Este ha salido de Sudán en diversas ocasiones, visitando países que han ratificado el ER y, por tanto, con una obligación de cooperar con la CPI; entre ellos se encuentran Sudáfrica, Uganda y, más recientemente, Jordania. Llegados a este punto, enlazamos con el encabezamiento del epígrafe: ¿es realmente útil una orden de detención de la CPI, cuya génesis se remonta a una resolución del Consejo de Seguridad, cuando parte de la comunidad internacional ha hecho caso omiso? Aunque realmente es un fracaso y revela la falta de aceptación actual de la CPI, sí supone un mínimo avance, pues aunque haya tenido acogida Omar Al Bashir en determinados países, su libertad de movimiento ha quedado notablemente reducida, ya que no sucedería lo mismo con muchos países de occidente signatarios del ER, que sí corresponderían a la obligación de cooperar con la CPI. Sin embargo, no ha sido un fracaso exclusivo de las herramientas jurídicas, sino también de las económicas³⁴⁸ y de las políticas.

3) ¿Ha quedado abierta la posibilidad de enjuiciar hechos que tradicionalmente han quedado impunes, mediante una remisión del Consejo de Seguridad?

Mediante la panoplia de opciones, se han puesto las bases para que toda situación grave susceptible de tener encaje en el ER, sea reprimida. La remisión por parte del Consejo de Seguridad supone el establecimiento de un primer escalón para juzgar los

³⁴⁷ Se puede seguir la cronología de la actividad procesal mencionada en <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>, consultado el 5 de enero de 2017.

³⁴⁸ En febrero de 2017 Omar Al Bashir anunció la retirada de las sanciones económicas contra Sudán http://www.expansion.com/agencia/europa_press/2017/02/03/20170203055844.html

delitos derivados del conflicto, y una herramienta de presión para solucionar los mismos. Sin embargo, es solo un primer paso, pues sin una voluntad política tanto del Consejo de Seguridad como del resto de la comunidad internacional, tal opción –aunque haya resoluciones al respecto- puede suponer un brindis al sol, como se desprende de las remisiones del Consejo de Seguridad con los conflictos de Darfur (Sudán) en 2005 y Libia en 2011. Además del caso de Omar Al Bashir que ya se ha mencionado, la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en la guerra civil de Siria puede ser una buena ocasión para mostrar que la comisión de esos crímenes acarrea graves consecuencias, rompiendo así el clima de permisividad que se está desarrollando. Y decimos que Siria podría ser un caso paradigmático porque, al no pertenecer al club romano, sólo podría conocer la CPI si Siria ratificase el ER con una declaración expresa de retroactividad –cuestión prácticamente imposible-, o mediante una remisión del Consejo de Seguridad. No obstante, nos encontramos ante un *desideratum*, pues si bien Francia³⁴⁹ y el Reino Unido se han mostrado favorables a una posible remisión, no ha sido el caso de China y Estados Unidos. Por su parte, Rusia ha considerado que la remisión sería contraproducente. A favor de la remisión, encontramos una carta presentada por Suiza³⁵⁰ en nombre de 58 Estados solicitando al Consejo de Seguridad la activación. En marzo de 2013, durante una reunión del Consejo de Derechos Humanos de NU, el número se elevó a 64³⁵¹. En caso de que se produjese la activación del proceso por remisión, la CPI podría verse desbordada con la estructura y capacidades actuales, pero la condena de los mayores responsables, supondría ya un gran avance.

³⁴⁹ Vid. borrador de resolución preparado por Francia en: <https://docs.google.com/file/d/0ByLPNZ-eSjJdX29vd2Y3WINxQWc/view>, consultado el 5 de enero de 2017.

³⁵⁰ La carta está disponible en: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/29293.pdf>, consultada el 5 de enero de 2017.

³⁵¹ Vid. el documento al respecto de Human Rights Watch en: https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/Q%26A_Syria_ICC_Sept2013_en_0.pdf, consultado el 5 de enero de 2017.

5.- Derecho aplicable

I. El primer intento de sistematización lo encontramos en el artículo 7 del borrador de la Convención de La Haya de 1907, por el que se crea la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). En este artículo se mencionaba expresamente la necesidad de acudir a las disposiciones del tratado y, en su defecto, a la aplicación subsidiaria de las reglas del Derecho Internacional. Si nos remontamos a los tribunales internacionales precedentes, concretamente el TPIY y el TPIR, los estatutos de estos guardan silencio sobre la ley aplicable. Había que esperar al proyecto de 1994 de la CDI para encontrar las bases de la redacción actual. En este borrador de la CDI se enumeraban por un lado los crímenes competencia de la CPI y, por otro, dedicaba un artículo -el 33- cuya rúbrica era precisamente “Derecho aplicable”. Este ha sido realmente el antecedente del art. 21 ER que establece la normativa aplicable, y que a continuación transcribimos dada su importancia:

“1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

Cuando analizábamos la naturaleza de la CPI, hacíamos hincapié en que, ante todo, ésta era una organización internacional y, como toda organización internacional, tiene una personalidad jurídica propia con cometidos propios. Para el cumplimiento de sus fines podemos distinguir, dentro del artículo 21 enunciado, unas normas propias y otras de procedencia externa. Dentro de las propias, encontramos el ER, los Elementos de los crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba y las decisiones anteriores de la CPI. En lo tocante a las normas de procedencia externa, hay que destacar los tratados aplicables, los principios y normas de Derecho internacional y los principios generales del Derecho.

II. El instrumento más importante es el ER. La primera cualidad destacable del ER es que es un tratado suscrito por los Estados Parte. Este tratado incluye la regulación correspondiente al establecimiento de la CPI (parte I) y, al ostentar la cualidad de organización internacional, esta parte primera incluye las bases para su relación con las NU, la sede de la organización y las cuestiones relativas a la personalidad jurídica. Otras formas de interrelación con organizaciones internacionales y Estados figuran en la parte IX, que precisamente lleva por título “Cooperación internacional y asistencia judicial”. Otros aspectos fundamentales de la organización, tales como la asamblea de los Estados parte y su financiación, aparecen representados en las partes XI y XII respectivamente. Además, hay que destacar que el ER es también un código penal, pues además de recoger, como no podía ser de otro modo, los crímenes competencia de la CPI (parte II), recoge las condiciones para el ejercicio de la competencia, el derecho aplicable o la figura de la fiscalía. A semejanza de los códigos penales, también figura en su articulado un elenco de los principios generales del derecho penal (parte III). Por otra parte, se regula la estructura y el *modus operandi* de la institución, pues la parte IV lleva por

rúbrica “De la composición y administración de la Corte”. Las partes V, VI, VII y VIII contienen disposiciones generales referentes a la investigación y enjuiciamiento, el juicio, las penas, apelación y revisión, que habrá que completar con las Reglas de Procedimiento y Prueba, pues es en este último documento donde realmente se recogen los aspectos capitales; la ejecución de las penas está contenida en la parte X. Para cerrar el tratado, se formulan unas disposiciones finales (parte XIII), que son, principalmente, cláusulas concernientes a la interpretación, reservas, enmiendas y revisiones del Estatuto. Como puede observarse, la estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, que estaba marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso³⁵².

III. De acuerdo con el art. 21 ER citado, después del propio ER, la CPI deberá aplicar los elementos de los crímenes a los que alude el art. 9 ER. Dicho artículo establece que:

“1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos de los crímenes:

- a) Cualquier Estado Parte;*
- b) Los magistrados, por mayoría absoluta;*
- c) El Fiscal.*

Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

3. Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en
el presente Estatuto”.

³⁵² Así lo ha destacado, entre otros, AMBOS, KAI en su obra: “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional”, en Revista de Derecho Procesal núm. 3, 1999, págs. 553 a 594.

Estos elementos tienen por objeto –tal es el fin que proclama su introducción general-, ayudar a la CPI a interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8 en forma compatible con el ER, y son aplicables a los elementos de los crímenes de las disposiciones del ER, incluido el art. 21 ER, y los principios enunciados en la Parte III.

Como piedra angular de los elementos de los crímenes se erige el elemento de intencionalidad del art. 30 ER, cuya importancia obliga a transcribirlo:

“1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

De la literalidad del artículo se desprende la necesidad de encontrar la conjunción entre la intencionalidad y el conocimiento de los elementos materiales de los crímenes desglosados en dicho documento. En un esfuerzo por condensar esta herramienta jurídica, el texto basa su estructura –con carácter general-, en los siguientes principios:

“a) Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;

b) Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente;

c) Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar”.

Es preciso señalar que los elementos de los crímenes fueron incluidos en el último minuto por indicación de la delegación norteamericana. Según un autor crítico con la postura de los Estados Unidos y sus relaciones con la CPI, como es ALAIN PELLET – por lo que habrá que leer a su vez sus consideraciones con su mismo espíritu crítico-, la delegación de ese país albergaba de algún modo la esperanza de que, con esa inclusión, no se adoptase el ER en la primera Conferencia. También ha destacado que, en opinión de los promotores, con los Elementos de los crímenes se materializaría el concepto de “*nullum crimen sine lege*”, lo que a su juicio representaría una interpretación distorsionada de tal principio, pues se mermarían absurdamente las capacidades de los integrantes del estamento judicial.

IV. Al igual que los elementos de los crímenes, las Reglas de Procedimiento Prueba (en adelante RPP), fueron aprobadas con carácter provisional en la quinta sesión de la Comisión Preparatoria. Posteriormente, y ya con carácter definitivo, en virtud del art. 51 ER, la Asamblea de Estados Parte de la CPI adoptó con fecha 9 de septiembre de 2002 las RPP. Este será un documento clave para la segunda parte de la presente tesis.

Las RPP tienen carácter subsidiario respecto del ER, y representan el desarrollo de las disposiciones relativas al procedimiento, organización judicial y competencia contenidos en el ER. Esta herramienta jurídica consta de 225 reglas divididas en 12 capítulos: disposiciones generales (reglas 1 a 3); composición y administración de la CPI (4 a 43); competencia y admisión (44 a 62); disposiciones que versan sobre las fases del procedimiento (63 a 103); investigación y enjuiciamiento (104 a 130); procedimiento en el juicio (131 a 144); penas (145 a 148); recursos de apelación y revisión (149 a 161); faltas de conducta en la CPI y delitos contra la administración de justicia (162 a 172); indemnización a personas detenidas o condenadas (173 a 175); cooperación internacional y asistencia judicial (176 a 197) y, finalmente, ejecución de la pena (198 a 225).

Con carácter general, sí podemos adelantar con KAI AMBOS que, como es natural dadas las características apuntadas, los derechos tanto de la defensa como de la víctima son objeto de una mayor atención en comparación con el ER. También es destacable, en relación con la organización judicial del capítulo II, la “unidad de víctima y testigo” (Victim and Witnesses Unit). Además es interesante la modificación de la competencia y admisión de las reglas 44 y 45 en relación al art. 12, pues mientras este prevé el reconocimiento ad hoc de la competencia de la CPI por parte de un Estado en relación a un crimen determinado, las reglas amplían el punto de referencia de un crimen determinado y una situación criminal, al hablar de una “acceptance of jurisdiction with respect to the crimes (...) of relevance to the situation”. Esta mención pretende evitar investigaciones parciales en perjuicio de un Estado, pues si sólo un Estado puede reconocer una “situación”, habrá que deducir que todos los crímenes cometidos en el marco de dicha “situación”, pueden ser parte de un procedimiento penal.

También ha insistido KAI AMBOS en que no se aprovechó la gestación de las RPP para un aspecto importante, como es la concreción del principio de complementariedad, ya que “la correspondiente regla 51 no concreta los criterios de la voluntad y capacidad de persecución de un Estado concreto. Solamente se refiere a las informaciones que dicho Estado debe presentar ante la Corte para justificar que sus procedimientos penales se ajustan a los estándares internacionales, o bien para confirmar que un caso concreto se investiga judicialmente. Con ellos, naturalmente, no se ha obtenido nada desde el punto de vista material, y la significación concreta del principio de complementariedad sigue abierta”.

Por otra parte, las RPP, a pesar de las limitaciones apuntadas por un sector doctrinal, constituyen una herramienta jurídica flexible que permite que los jueces puedan ir adaptándose a las distintas situaciones. Esto es debido, principalmente, a que los jueces pueden –por mayoría absoluta- proponer enmiendas, pudiendo entrar las mismas en vigor tras su aprobación en la Asamblea de los Estados Parte por mayoría de dos tercios. Esta flexibilidad alcanza su plenitud con la posibilidad de establecer reglas provisionales en casos urgentes y específicos. En este caso los jueces pueden, mediante aprobación de dos tercios, acordar reglas provisionales que serán de aplicación “hasta que la Asamblea de los Estados Parte las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente periodo ordinario de sesiones”.

Finalmente, desde la perspectiva de la tradición jurídica, las RPP representan una mezcla fruto de los dos borradores presentados en 1999 por Francia y Australia, es decir, una tradición jurídica basada en el sistema continental y otra en el anglosajón. Ello se refleja, por ejemplo, en el hecho de que aspectos importantes de las penas no están recogidos en el instrumento principal –el ER–, sino en las RPP (algo más propio del sistema anglosajón). Las RPP contienen, a su vez, disposiciones relativas a las etapas del procedimiento (capítulo 4 RPP), cuestión que casa más con la tradición continental de recoger en instrumento ajeno al principal un aspecto procedimental.

V. Decíamos que, con el art. 21.2 ER, la CPI puede aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. Un sector doctrinal apunta a la redacción ambigua del precepto con ocasión del art. 21.1 c). La aplicación de “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”, no confiere la categoría de fuente del derecho de un caso particular, sino que reconoce el rol que juegan los principios generales del derecho formulados y aplicados por la CPI. El mismo ALAIN PELLET critica el contenido del apartado segundo del art. 21, pues al señalar que “la Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”, no hace sino recoger una obviedad. Esta inclusión reflejaría un compromiso entre los partidarios del *stare decisis* propio de la cultura jurídica anglosajona y la aproximación propia del continente, donde las decisiones precedentes no tienen por qué tener efecto.

VI. Además de esta normativa propia de la CPI, es necesario destacar otras fuentes, también importantes, de carácter general. Los apartados b) y c) del art. 21.1 indican que la CPI debe aplicar, cuando proceda, “*los tratados aplicables, los principios y normas de derecho internacional, incluidos los principios establecidos de derecho internacional de los conflictos armados*” y, en su defecto, “*los principios generales del derecho que derive de la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni*

con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”.

Estas fuentes normativas de carácter generalista recuerdan mucho al contenido del art. 38 del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) que, aunque con redacción distinta, contiene un elenco parecido. Destaca sin embargo la ausencia expresa de la costumbre internacional, ausencia que se encuentra corregida con la mención a los principios y reglas del derecho internacional.

La referencia específica a los tratados podemos encontrarla en los debates preparatorios; menciones que fueron aceptadas sin incidencias reseñables, ya que no hemos encontrado oposición alguna por parte de delegación alguna, de ahí que fuese incluida pacíficamente en el borrador de Estatuto que se adjuntó al informe final de la comisión preparatoria de 1998. Sobre qué debe entenderse por aplicación de los tratados, la cuestión ya no es tan pacífica. Algunos autores como Mc AULIFFE DE GUZMAN, entienden que los tratados son relevantes por dos motivos. En primer lugar, porque su contenido puede tener una incidencia directa en el asunto concreto (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos puede ser relevante para determinar los derechos humanos de un acusado). En segundo lugar, porque de los tratados se puede desprender la prueba necesaria de la existencia de unas normas y principios de derecho internacional que tengan una incidencia directa en el asunto (por ejemplo, los Convenios de Ginebra). En sentido opuesto, otros autores más reacios a esta interpretación -nuevamente ALAIN PELLET-, creen que, en ninguno de los dos casos, ha de interpretarse así el primer inciso del art. 21.1 b) ER. Y ello por varias razones, pero principalmente porque en ninguno de los dos casos se aplican los tratados como tales. Aunque es cierto que muchos -por ejemplo el Convenio de La Haya de 1907- pueden ser imprescindibles a la hora de determinar los principios que aplica la CPI, los mismos serán vistos –en última instancia- como principios y reglas generales de derecho internacional, y no como normas convencionales. De hecho, esta sería la manera de proceder del TPIY al considerar el concepto de tortura del Convenio de 1984 como reflejo de la costumbre internacional. Sería, en su opinión, difícil de imaginar una situación en la que la CPI aplicase como tal, un tratado distinto al del propio ER. La excepción, en cualquier caso, vendría constituida por la aplicación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Concretamente, al especificar el art. 8.2 a) ER que “a

los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra” infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (...).”

VII. Por otra parte, están los principios y normas de derecho internacional. La primera cuestión que cabría preguntarse es si esta distinción entre principios y normas reviste alguna particularidad. Pacíficamente se admite la irrelevancia de la cuestión en lo que a su naturaleza atañe, pues en ambos casos hablamos de normas consuetudinarias; si bien el término “normas” parece tener una connotación más precisa que el de “principios”. Con lógico criterio –como en la totalidad de fuentes de los ordenamientos jurídicos de la cultura occidental-, se sitúan en un plano subsidiario respecto de otro instrumento principal, que en nuestro caso es el cuerpo constituido por el ER, RPP y Elementos de los crímenes.

Además están los principios generales del derecho, según la redacción dada por el art. 21 c) ER. En este punto es preciso distinguir entre los principios y normas del Derecho internacional del art. 21 b) ER, y los principios generales del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo a los que se refiere el art. 21 c) ER, ya que son fuentes diferentes. Aquí también encontramos ese antecedente inmediato que representa el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Ahora bien, ¿cuáles son los sistemas jurídicos que, a grandes rasgos, podemos diferenciar en el mundo? ¿Supone esta cuestión una labor de discernimiento sobre los principios que comparten los distintos sistemas para transponerlos después a la esfera internacional? Ya el TPIY indicó que las aproximaciones judiciales domésticas debían ser manejadas con gran precaución en el ámbito internacional ya que, dadas las características de los procesos penales internacionales, se pueden cometer fallos.

Un enfoque interesante sobre esta cuestión es el aportado por ANTONIO CASSESE cuando era juez en el TPIY y emitió un voto particular en el caso Erdemovic. Para el jurista italiano, las construcciones legales surgidas al amparo de la legislación nacional no deben ser aplicadas de manera automática en el ámbito internacional, lo que conlleva que tampoco pueden ser importadas mecánicamente a los procesos penales internacionales. Las razones que utiliza para argumentar su postura son fundamentalmente tres. En primer lugar, porque tradicionalmente la actitud de los tribunales internacionales hacia las legislaciones nacionales sugiere que primero deben

explorarse medios propios de la esfera internacional. En segundo lugar, porque el derecho penal internacional se sustenta sobre los dos pivotes representados por el sistema de derecho continental y el de “common law”. Esta combinación sería para él única, y de ella derivaría una lógica legal cualitativamente distinta a la de ambos sistemas penales. Finalmente, porque los procesos penales internacionales muestran aspectos diferenciados de los procesos nacionales.

En relación a lo aquí expuesto, podemos hacer la siguiente valoración crítica:

1) El sistema de fuentes de la CPI es el punto más representativo de mezcolanza entre sistemas jurídicos dominantes

Tales sistemas entremezclados son el sistema de derecho continental y el de “common law”. Por sistema jurídico nos referimos al “conjunto de normas e instituciones que integran un Derecho positivo. Un sistema jurídico es, así, el conjunto de reglas e instituciones de Derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad”. Estas reglas e instituciones “deben ser suficientemente completas e importantes para que los hombres a los cuales se aplican estén ligados entre sí por una comunidad de Derecho. Elementos esenciales de un sistema jurídico son los siguientes:

- a) Una legislación que sirve de vínculo a la colectividad que rige;
- b) Una cierta autonomía, cuando menos legislativa”.

Entre las más conocidas clasificaciones, se suele distinguir entre el sistema de Derecho occidental, que integraría el Derecho de “common law” (norteamericano e inglés), romanistas, de derecho Romano, escandinavos e iberoamericanos; sistemas soviéticos (derivados del antiguo sistema de la URSS y sistemas soviéticos, de los que hoy en día subsisten numerosos retazos); sistemas religiosos (derecho canónico, derecho musulmán y derecho hindú); y, en último lugar, el sistema chino.

Únicamente el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, por sus peculiaridades históricas, podría representar un mayor ejemplo de tal engranaje, pero ya en sede de configuración estatal y no desde el punto de vista de una organización internacional. El hecho de que los dos dominantes sean los aludidos, responde a una mayor implantación de los mismos así como una mayor expansión. También es reflejo de los países que han ratificado el ER.

2) Puede jugar papel importante en la futura implantación de la Antroparquía

De acuerdo con las tesis de RAFAEL DOMINGO OSLÉ, la Antroparquía sería la forma de gobierno que ha de desarrollarse paulatinamente mientras emerge una voluntad política universal, expresión de toda la humanidad y no sólo de una porción de ella³⁵³. Este jurista habla de Antroparquía y no de Antropocracia porque se trata de un sistema basado en la legitimidad (-arquía) y no en la mera legalidad (-cracia). La exigencia natural de constituirnos en una comunidad de personas que asuman, conscientemente, el imperativo de construir un mundo mejor, se opondría en su opinión a los espasmos autocráticos que buscan cimentar un orden fruto de las voluntades presentes, los intereses coyunturales y las políticas oportunistas de un espacio-tiempo concreto. La Antroparquía apuesta más por el *rule of law* inglés que por el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) alemán, ya que éste exige, como es obvio, que el Derecho emane del Estado. Por el contrario, en el *rule of law* la ley tiene un límite preciso, y ninguna fuente pierde protagonismo. Se necesitan en opinión del jurista español, novísimos métodos de Gobierno que trasciendan los procesos posmodernos, proclives a ser controlados impunemente por criptocracias rampantes y plutocracias financieras.

En este sentido, la CPI –en la medida en que consiga que vaya ampliando su competencia *ratione personae* mediante una mayor ratificación del ER-, es un foro de defensa de bienes jurídicos compartidos por la comunidad internacional, que además de facilitar la gobernanza mediante la represión de la impunidad respecto de determinados crímenes de especial trascendencia, representa un foro judicial con el que se puede experimentar la efectividad punitiva de un órgano supraestatal, desarrollado a través de un proceso penal presuntamente ecuaníme, sin necesidad de recurrir a la imposición de medidas aprobadas por el Consejo de Seguridad.

3) El sistema de reservas.

El hecho de que no se admitan reservas al instrumento principal de acuerdo con el art. 120 ER supone un acierto, pues, a diferencia de lo que ha ocurrido con otros tratados internacionales en los que las reservas han supuesto un formidable obstáculo para la consecución de los fines del propio tratado, un proyecto de la envergadura de la CPI no

³⁵³ Vid. DOMINGO OSLÉ, RAFAEL: “La pirámide del Derecho Global”, Revista Persona y Derecho núm. 60 (2009), págs. 29 a 61.

admitía –bajo amenaza de fracaso-, reservas de los Estados Parte. Haber aceptado las reservas supondría, en suma, la aparición de un alambicado sistema de Derecho Penal Internacional que iría en contra de ese espacio común de bienes jurídicos protegidos. La única reserva prevista la encontramos en el art. 103.1 b) ER, en materia de ejecución de la pena. España ha ejercido este derecho, pues mediante el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma formuló la siguiente reserva: “España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española”.

4) La complementariedad.

No se ha abordado una cuestión tan importante como la complementariedad, aspecto clave para un buen desarrollo del proceso. Además, tampoco se ha aprovechado la aparición de las RPP para estructurar la problemática. La regla 51 (RPP) es tan sumamente general que no consigue nada desde el punto de vista material. Así se infiere de la regla 51: *“La Corte, al examinar las cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 17 y en el contexto de las circunstancias del caso, podrá tener en cuenta, entre otras cosas, la información que el Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 17 ponga en su conocimiento mostrando que sus tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento”*.

5) Sistema de fuentes abierto.

En lo concerniente a problemas procedimentales de orden menor, se ha establecido un sistema satisfactorio mediante la posibilidad de proponer y aplicar enmiendas no solo por los Estados Parte –cuestión que alargaría en extremo el proceso penal-, sino también por parte de quienes están precisamente desarrollándolo, es decir, los jueces.

CAPÍTULO III.- EL PROCESO ANTE LA CPI

1.- Introducción

I. Antes de examinar los aspectos procesales relativos a la víctima, es preciso hacer una breve semblanza del proceso ante la CPI³⁵⁴. Como punto de partida, ha de destacarse la falta de discusión sobre los aspectos procesales en las discusiones previas al ER. Sí han quedado, en cambio, registrados, debates relativos a los aspectos puramente penales –los crímenes competencia de la CPI- o la legitimación activa. Algún sector doctrinal apunta a que los representantes de los Estados entendieron que era un ámbito sumamente técnico y que, de alguna manera, era secundario³⁵⁵. Quizá sea esa la causa por la que la normas procesales en el ER presenten una falta de sistematización. Aunque alguien pudiera objetar que ese cauce fue adecuado debido a que, primero, era menester sentar las bases competenciales de la materia, personas y lugares, y que luego ya vendría, de alguna manera, el debate procesal³⁵⁶, el razonamiento se muestra equívoco e incompleto. Esta descompensación entre debate penalista y procesalista en favor del primero, ha hecho peligrar el proyecto, pues el éxito de la CPI pasa por un correcto enjuiciamiento de los asuntos que se le presenten. Un procedimiento ineficaz conduciría, entre otras cosas, a una inactividad en el mecanismo de activación o en el impulso del mismo, con la consiguiente impunidad. En otras palabras, es necesario un proceso que actúe como instrumento a través del cual se ejerza una función jurisdiccional, lo que, precisamente, implica que el Derecho objetivo se tutela y realiza, en caso de conflicto,

³⁵⁴ Para un estudio de su conjunto, vid. BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “El enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional”, en “La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar”, coord. CARDONA LLORENS, JORGE; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, ed. Tirant lo Blanch, 2002, págs. 351 a 382. Sobre esta misma autora vid. también BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “El proceso ante la Corte Penal Internacional”, en “Derecho Penal Internacional”, dir. GIL GIL, ALICIA, ed. Dykinson, 2016, págs. 435 a 461.

³⁵⁵ Vid. la opinión a este respecto de SALMÓN GÁRATE, ELIZABETH: “El proceso ante la Corte Penal Internacional”, pág. 1, consultado en <http://www.iccnw.org/documents/Salmon.pdf>, en fecha 15 de mayo de 2017.

³⁵⁶ En relación a los debates y la aportación de la doctrina española vid. FONTECILLA RODRÍGUEZ, FRANCISCO JOSÉ: “El proceso ante la Corte Penal Internacional. Algunas consideraciones sobre la aportación española”, en Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada núm. 7, 2004, págs. 57 a 84.

no de forma instantánea, sino por medio de un proceso, gracias al cual, el Derecho Penal no se queda en el ámbito de la pura teoría³⁵⁷.

Si bien podemos distinguir dos partes diferenciadas en el ER, a saber, la parte V que lleva por rúbrica “De la investigación y del enjuiciamiento” y abarca los artículos 53 a 62³⁵⁸, y una segunda, la parte VI, que integra los artículos 62 a 76 con disposiciones referentes al “Juicio”, es mejor, a efectos expositivos, estructurar el proceso en cuatro etapas:

- Examen preliminar
- Fase de investigación y enjuiciamiento
- Juicio oral
- Fase de apelaciones

Estas diferentes etapas se corresponden con las actuaciones que se desarrollan ante la Sala de Cuestiones Preliminares (examen preliminar y fase de investigación y enjuiciamiento)³⁵⁹, la Sala de Primera Instancia³⁶⁰ (juicio oral) y la Sala de Apelaciones³⁶¹ (fase de apelaciones). A modo de introducción podemos señalar que la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante SCP) ostenta, entre sus principales funciones, el autorizar el inicio de una investigación solicitada por el Fiscal que actúa en virtud del art. 15 ER, pronunciamientos sobre las cuestiones de admisibilidad o competencia a tenor de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 ER, emitir órdenes de detención o comparecencia de acuerdo con lo establecido en el art. 58 ER, o adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas, de acuerdo con el art. 57 ER. La SCP, también es responsable de la divulgación de información en relación a la Fiscalía y la defensa previa a la audiencia de confirmación de cargos, así como de los asuntos relacionados con las pruebas y la protección de víctimas y testigos.

La Sala de Primera Instancia (en adelante SPI), a su vez, garantiza que el juicio sea justo y expedito, y toma como punto de partida la confirmación de cargos que realiza la SCP. Asegura, asimismo, el respeto de los derechos del acusado y vela también por la

³⁵⁷ Vid. a este respecto BANACLOCHE PALAO, JULIO: “Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal”, (con ZARZALEJOS NIETO) ed. La Ley (2011), pág. 25.

³⁵⁸ En el proyecto de la CDI de 1994 se llegó a denominar “De la instrucción y del procedimiento penal”.

³⁵⁹ En adelante SCP. La SCP, en relación a los tribunales ad hoc, representa una novedad. Está compuesta por tres magistrados.

³⁶⁰ En adelante SPI. Compuesta igualmente por tres magistrados.

³⁶¹ En adelante SA.

protección de víctimas y testigos³⁶². La labor de la SPI finaliza con una resolución judicial que adopta la forma de sentencia. Esta sentencia puede ser impugnada mediante la interposición de dos tipos de recursos: el recurso de apelación ante la Sala de Apelaciones (en lo sucesivo SA), y el recurso de revisión ante la misma SA cuando se descubran nuevas pruebas que, no hallándose disponibles en la fecha del juicio por motivos que no sean imputables al recurrente, o al descubrir que un elemento de prueba decisivo era falso o adulterado, o cuando uno de los magistrados hubiese incurrido en una falta grave.

Vayamos pues, por partes, no sin antes advertir que la terminología del ER y RPP pueden llevar a confusión, toda vez que se utiliza el término proceso en un sentido no técnico, es decir, que con este término se engloba tanto a actividades preprocesales de investigación de una situación presuntamente delictiva, como a la emisión de una orden de arresto o comparecencia (momento en el que empieza el proceso en sentido técnico) y fases posteriores³⁶³.

³⁶² El art. 66 ER consagra la presunción de inocencia y el art. 67 ER recoge los derechos del acusado.

³⁶³ Por tanto, el término proceso es aquí más amplio que la acepción otorgada por el ordenamiento jurídico español, el término “procedure” en terminología francesa, o “proceedings” en terminología inglesa.

2.- Aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal internacional y consecuente disminución del principio de legalidad.

I. En el proceso que se sustancia ante la CPI, el principio de oportunidad alcanza, en el campo del Derecho Penal, cotas más altas que en la mayoría de los ámbitos jurídicos nacionales. Esto adquiere mayor relevancia en el punto de partida del proceso en sentido amplio.

El principio de legalidad, pilar de la seguridad jurídica, tiene, entre sus manifestaciones más provechosas, la obligatoriedad de sustanciar un proceso cuando se haya cometido un crimen, y la necesidad de imponer una pena a quien haya cometido el mismo; manifestaciones ambas expresadas en los aforismos latinos “*nullum crimen sine poena*” y “*nulla poena sine proceso*”. Por su parte, el principio de oportunidad facultaría al titular de la acción penal a abstenerse de ejercitar la misma –incluso cuando ya ha comenzado el procedimiento–, siempre que se cumplan ciertos requisitos legales. Se manifiesta igualmente, en la posibilidad de no sustanciar un proceso, en razón a la escasa gravedad de un hecho que carece de interés público. En este sentido, y dentro del ámbito europeo, la Recomendación del Consejo de Europa sobre la simplificación de la Justicia Penal de 1987, recomendó la adopción del principio de oportunidad siempre que el contexto histórico y las constituciones de los Estados miembros lo permitiesen, recomendando asimismo los criterios que deberían estar presentes en su aplicación. Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico español, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce entre otras muchas cuestiones un criterio de oportunidad, que permite a los jueces –a petición del Ministerio Fiscal–, sobreseer un procedimiento³⁶⁴ atendiendo a la escasa entidad del hecho³⁶⁵ y a la consecuente falta de interés público³⁶⁶.

³⁶⁴ Sobre el principio de legalidad y el proceso penal, vid. CALVILLO ARBIZU, DAVID: “Las infracciones procesales del juzgador y el contenido del principio de legalidad”, en Boletín de Legislación El Derecho, núm. 188, julio de 2001, pág. 1. En relación al concepto del principio de legalidad vid. la siguiente jurisprudencia constitucional: STC 2/2003, de 16 de enero y STC 229/2003, de 18 de diciembre.

³⁶⁵ Vid. TODOLÍ GÓMEZ, ARTURO: “Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por el Ministerio Fiscal”, artículo consultado en fecha 11 de noviembre de 2018 en:

noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/

³⁶⁶ El apartado XXXI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, alude expresamente a que: “En el caso de las infracciones de menor gravedad (los delitos leves) existen habitualmente conductas que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero

Si tenemos en cuenta que los principios de legalidad y oportunidad son opuestos en Derecho Procesal, un sector doctrinal, en el que destaca KAI AMBOS, entiende que la relación entre ambos alcanza un nuevo ajuste con el ER, ya que el ejercicio del poder discrecional con base en el principio de oportunidad, se estructuraría en dos direcciones, teniendo en cuenta el objetivo superior de evitar la impunidad: por un lado, la presencia del sospechoso en territorio nacional de un Estado parte o nacional del mismo, en donde existe la obligación fundamental de la persecución penal; y por otro, la ausencia de conexión alguna con el territorio nacional, donde sería posible la abstención de una persecución penal –con tal de evitar la impunidad-, cuando la persecución fuese asumida por la CPI u otro Estado³⁶⁷.

Sin embargo, aquí no nos estamos refiriendo a una prioridad escalonada de competencias cuyo objeto sea evitar la impunidad, sino a las facultades particulares de la Fiscalía, una vez que las responsabilidades del delito van a ser examinadas en la CPI. En el caso del proceso penal internacional que examinamos, el margen de aplicación del principio de oportunidad es sumamente amplio. Esta idea se plasma en un doble sentido: de un lado, la discrecionalidad de la Fiscalía en la fase preprocesal del examen preliminar y posterior investigación y enjuiciamiento que asociamos a la fase de instrucción; y de otro, las implicaciones directas del Consejo de Seguridad a la hora de solicitar que se suspenda una investigación o determinar qué es un crimen de agresión, con todas las connotaciones políticas que ello conlleva.

En este sentido, de la lectura completa del art. 53.1 ER se desprende que la Fiscalía, en aplicación de la ambigüedad del texto, lleva a cabo una política criminal, y en su actuación puede considerar que existe o no fundamento razonable para iniciar una investigación. Dos ejemplos que pueden traerse a colación en los que la Fiscalía decidió no iniciar una investigación son los siguientes: uno, el caso de la decisión de 9 de febrero de 2006 de no investigar –acertadamente-, presuntos crímenes cometidos entre marzo y mayo de 2003 en Irak³⁶⁸; otro, cuando inició investigaciones preliminares de manera previa a la investigación de oficio, al objeto de dar una oportunidad y motivar a

interés público. Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos”.

³⁶⁷ Vid. AMBOS, KAI: “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 7-17, 2005, págs. 17:7 a 17:10, consultada en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf> en fecha 14 de diciembre de 2017.

³⁶⁸ Este ejemplo merece una explicación que se aportará en la presente conclusión.

los Estados a que ejerzan ellos mismos su competencia preferente, atendiendo al principio de complementariedad, como sucedió en el caso de Colombia.

El principio de oportunidad en la política criminal alcanza mayor importancia si tenemos en cuenta que entra en juego el componente de los Derechos Humanos. Algunos, como JAVIER DONDÉ MATUTE, destacan que es importante preguntarse si los criterios para la selección de investigaciones son compatibles con el debido proceso, si se tiene en cuenta que el respeto a los Derechos Humanos es evidente, y que el art. 21.1 b) ER incorpora al Derecho Internacional Humanitario dentro de su marco normativo, a través de los correspondientes tratados, la interpretación *pro persona* prevista en el párrafo 3 del mismo precepto³⁶⁹.

II. Los criterios para iniciar una investigación se encuentran, según hemos examinado, en el art. 53 ER. De su lectura se deduce que son tres los requisitos para poder iniciar una investigación: que concurran los presupuestos de competencia, que se haya cumplimentado el principio de complementariedad y que haya un “interés de la justicia”. La jurisprudencia de la CPI ha determinado que estos tres niveles han de enfocarse a través del elemento probatorio del “fundamento razonable”³⁷⁰, lo que se materializa en que “la Sala debe estar satisfecha de que existe una sensata o razonable justificación para creer que un crimen competencia de la CPI se ha cometido o se sigue cometiendo”³⁷¹, debiendo la Fiscalía comprobar tal circunstancia. De estos tres, plantea problemas en el ámbito de la discrecionalidad el reflejado en el apartado 1 c), esto es, la posibilidad de dar curso a una investigación en caso de no redundar “en interés de la justicia”.

La política criminal de la Fiscalía viene reflejada en los “*policy papers*” que va publicando³⁷². Desde algunos sectores doctrinales se está estudiando si la Fiscalía está actuando conforme a los parámetros que se ha impuesto y si los mismos van en la línea

³⁶⁹ Vid. DONDÉ MATUTE, JAVIER: “La política criminal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIV, 2014, págs. 31 a 76.

³⁷⁰ Vid. SCP II Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, 31 March 2010, párr. 34.

³⁷¹ Ibídem, párr. 35.

³⁷² Estos “policy papers”, están disponibles en <https://www.icc-cpi.int/about/otp/Pages/otp-policies.aspx>, habiéndose consultado en múltiples fechas a lo largo del 2017.

marcada por el ER³⁷³. En relación a las dos investigaciones mencionadas de Irak, Colombia (podríamos añadir también Kenia), se observa disparidad de criterios, algo que ha sido puesto de relieve por JAVIER DONDÉ MATUTE; sin embargo, aunque estamos de acuerdo en su análisis, no lo estamos en sus conclusiones³⁷⁴. En el caso del país asiático, la Fiscalía entendió que, puesto que Irak no era un Estado que hubiese ratificado el ER, procedía el análisis material de los presuntos hechos, centrándose en la posible comisión de crímenes de guerra³⁷⁵. Identificados hechos particulares supuestamente cometidos por tropas británicas que pudieran constituir ataques contra la población civil, la Fiscalía entendió que la información presentada no era lo suficientemente detallada, y por tanto no era apta para involucrar a nacionales de Estados parte en la comisión del crimen de guerra previsto en el art. 8.2 b) iv ER.

En cambio, si determinó que había fundamento razonable para creer que se habían cometido hechos que pudieran constituir homicidio intencional y tratos inhumanos, de acuerdo con el crimen de guerra, modalidad prevista en el art. 8.2 a) i y ii ER, con respecto a un número indeterminado de personas comprendido entre 4 y 12 del primer supuesto y 20 del segundo³⁷⁶. Analizado el “fundamento razonable”, se procedió al análisis de admisibilidad. Los números reseñados fueron decisivos para que, en opinión de la Fiscalía, se rehusase investigar por considerar que era un número muy reducido. Se argumentó que era necesario cierto umbral de gravedad, previsto por otra parte en el art. 8.1 ER que establece que: *“La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”*. Se argumentó asimismo, que estos números eran irrisorios en comparación con otras investigaciones como la de República Democrática del Congo o el Sudán.

En el caso de Colombia, la situación ha estado en examen preliminar desde junio de 2004, habiendo recibido la Fiscalía 181 comunicaciones con arreglo al art. 15 ER³⁷⁷. Durante este tiempo, la Fiscalía ha determinado que la información disponible permite

³⁷³ Vid. concretamente DONDÉ MATUTE, JAVIER, op. cit. págs. 40 y siguientes.

³⁷⁴ Ibídem, págs. 46 y siguientes.

³⁷⁵ Vid. Oficina de la Fiscalía, “*Situación*” en Irak, 9 de febrero de 2006, párr. 3 y 4, disponible en <http://www.icc-cpi.int/R/rdonlyres/FDFE-E-EC--BEDB5A/3/TPlettertosendersreIraFebruary.pdf>.

³⁷⁶ Ibídem párr. 8.

³⁷⁷ Vid. “Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016), situación en Colombia, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf> , consultado en fecha 18 de diciembre de 2017.

concluir que existe fundamento razonable para creer que crímenes de lesa humanidad con arreglo al artículo 7 del ER han sido cometidos por distintos actores en Colombia desde el 1 de noviembre de 2002, incluyendo asesinatos con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 7; traslado forzoso de población en los términos del apartado d) del párrafo 1 del artículo 7; encarcelación u otra privación grave de la libertad física con arreglo al apartado e) del párrafo 1 del artículo 7; tortura con arreglo al apartado f) del párrafo 1 del artículo 7; y violación y otras formas de violencia sexual en los términos de apartado g) del párrafo 1 del artículo 7 del ER.

También que existe fundamento razonable para creer que, con arreglo al artículo 8 del Estatuto, se han cometido desde el 1 de noviembre de 2009 crímenes de guerra en el contexto del conflicto armado de carácter no internacional en Colombia. Entre ellos, homicidios en los términos del apartado c) i) del párrafo 2) del artículo 8; ataques dirigidos contra la población civil en los términos del apartado e) i) del párrafo 2 del artículo 8; torturas y tratos crueles con arreglo al apartado c) i) del párrafo 2) del artículo 8; ultrajes contra la dignidad personal en los términos del apartado c) ii) del párrafo 2 del artículo 8; toma de rehenes con arreglo al apartado c) iii) del párrafo 2 del artículo 8; actos de violación y otras formas de violencia sexual en los términos del apartado e) vi) del párrafo 2 del artículo 8; y el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en las hostilidades con arreglo al apartado e) vii) del párrafo 2 del artículo 8 del ER³⁷⁸.

El aspecto capital de este larguísimo análisis en el tiempo de cuestiones preliminares, versa sobre la complementariedad y no sobre la admisibilidad. Al haber creado el Poder Judicial colombiano una jurisdicción especial, la fase queda en suspenso hasta que entre en juego la Jurisdicción Especial para la Paz. Concretamente, ha manifestado que: “la Fiscalía no ha adoptado una posición específica o final respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual todavía no ha entrado en funcionamiento. La Jurisdicción Especial para la Paz parece estar diseñada para determinar la responsabilidad penal individual, hacer que los perpetradores rindan cuentas y para descubrir la verdad integral, y a la vez procurar satisfacer los objetivos sancionatorios de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. El cumplimiento de estos objetivos no dependerá únicamente de los procedimientos y condiciones establecidos en el Acuerdo,

³⁷⁸ *Ibíd*em párr. 237 y 238.

sino también de la efectividad de las restricciones a la libertad impuestas sobre los individuos, cuya naturaleza aún debe precisarse claramente. La Fiscalía también deberá tomar en consideración si existe alguna laguna sustantiva en las leyes aplicadas por las autoridades competentes de la Jurisdicción Especial para la Paz, como las relativas a la responsabilidad del superior, que podría socavar su capacidad para proceder de manera genuina en relación con los casos potenciales que podrían surgir de una investigación en la situación”³⁷⁹.

III. Como conclusión y pasos siguientes, la Fiscalía se ha marcado continuar examinando: “los desarrollos relativos a las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, así como con el ELN. En este contexto, la Fiscalía revisará cuidadosamente todo cambio posible en el texto del acuerdo firmado en 26 de septiembre de 2016, luego del resultado del plebiscito nacional, en la medida que resulte relevante para el examen preliminar, así como todo proyecto legislativo posterior relativo al establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas para los máximos responsables por los crímenes más graves”. De esta manera, se labora un criterio de complementariedad positiva en base a los parámetros de competencia de la CPI y la priorización de casos enfocándose en los máximos responsables.

Estos criterios examinados con ocasión de los ejemplos de Irak y Colombia, entran en contradicción con la investigación que se ha seguido en Kenia, emergiendo así la discrecionalidad. La SCP II autorizó la apertura de una investigación, estableciendo que el “fundamento razonable” –umbral probatorio más bajo del ER-, era el elemento que habilitaba la investigación³⁸⁰. Este parámetro del fundamento razonable referido a cada uno de los elementos previstos para el inicio de las investigaciones, sobre la base de que se está actuando dentro de los parámetros legales previstos en el ER³⁸¹, ha llevado a que la SCP II compruebe la admisibilidad distinguiendo entre “caso”, que implica la identificación de una persona vinculada a hechos que pudieran ser constitutivos de crímenes competencia de la CPI, y “situación”, que implica una relación compleja de hechos en la que se pueden identificar una o varias personas que han cometido uno o

³⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 257.

³⁸⁰ *Vid.* apertura de investigación Kenia, párr. 27. Citado igualmente en DONDE MATUTE, JAVIER, *op. cit.* pág. 53. Es el elemento probatorio más bajo porque no se ha iniciado la averiguación que promueva con un grado mayor de contundencia la constatación de los criterios establecidos en el art. 53.1 ER.

³⁸¹ *Ibíd.*, párr. 37.

varios crímenes competencia de la CPI³⁸². De ahí que se analicen “casos potenciales”³⁸³, cuya identificación implica establecer el grupo de personas que pudieran ser el sujeto de la investigación (*likely to be the focus of the investigation*), así como los crímenes de la competencia de la CPI que pudieran ser objeto de la misma³⁸⁴.

La SCP II solamente agrega que los grupos que se identifiquen deben contener miembros que pudieran ser las personas más responsables, que los crímenes son aquellos considerados más graves, y que en esta etapa previa a la investigación, la evaluación solamente se puede realizar con base en el *modus operandi* de su comisión³⁸⁵.

Ya no estamos por tanto ante factores de admisibilidad cuantitativos sino cualitativos, lo que ha sido interpretado por un sector doctrinal como un criterio de control judicial efectivo sobre la política criminal propuesta. Este criterio de admisibilidad diferente de la SCP II, traslucía que la CPI no advertía una intención genuina de las autoridades kenianas de investigar a las autoridades, aunque se planteara la creación de un tribunal especializado³⁸⁶. También se argumentó que no había investigaciones contra los líderes empresariales y políticos potencialmente involucrados en los crímenes de lesa humanidad³⁸⁷. Además, se tuvo en cuenta el elevado número de homicidios (entre 1113 y 1120), violaciones (900), desplazamientos (350.000), y lesiones (6)³⁸⁸; todo ello con un componente elevado de brutalidad de especial afectación a las víctimas³⁸⁹.

JAVIER DONDÉ MATUTE critica, no sin razón aparente, la disparidad de criterios utilizados por la Fiscalía en los conflictos de Colombia y Kenia, reclamando un *policy paper* que, de alguna forma subsane y unifique la inseguridad jurídica que crea el cambio³⁹⁰. Si bien es un análisis a grandes rasgos certero, discrepamos en cuanto al fondo. No pensamos que sea un giro radical, sino el entrelazamiento de dos criterios.

³⁸² Ibídem, párr. 44, en el contexto de DONDÉ MATUTE, JAVIER, op. cit. pág. 54.

³⁸³ Ibídem, párr. 48.

³⁸⁴ Ibídem, párr. 50.

³⁸⁵ Ibídem, párr. 61 en el contexto de DONDÉ MATUTE, JAVIER, op. cit. pág. 54.

³⁸⁶ Ibídem, párr. 183.

³⁸⁷ Ibídem, párr. 187.

³⁸⁸ Ibídem, párr. 190.

³⁸⁹ Ibídem, párr. 193 y 194.

³⁹⁰ Cfr. DONDÉ MATUTE, JAVIER, op. cit., pág. 57.

Por un lado, está el criterio el criterio cuantitativo, que está presente en ambos: tanto en el caso de Colombia como en el de Kenia se circunscribe el número de potenciales víctimas, siendo en ambos muy elevada (comisión a gran escala en un marco referencial de violencia y brutalidad generalizada). Por otro lado, está el criterio cuantitativo, donde los contextos son bien distintos en cuanto al ejercicio de la complementariedad, pues en el caso de Colombia hay una voluntad de que los crímenes sean juzgados por la jurisdicción nacional (creación de la Jurisdicción Especial para la Paz) , y una presión de la CPI para que así se materialice; intención declarada con la decisión de la Fiscalía de mantener la comunicación con las autoridades colombianas y no pronunciarse en cuanto al comienzo de una investigación hasta la eventual aparición de la jurisdicción especial. Ni las intenciones ni las bases para el ejercicio de la jurisdicción nacional estuvieron presentes en el caso de Kenia, por lo que los criterios de admisibilidad no podían ser los mismos. En situaciones como esta es, precisamente, cuando el principio de oportunidad (reglado) tiene cierto sentido; adaptándose a las peculiaridades de la realidad internacional, y de un modo de resolver conflictos internacionales y no internacionales que tiene la compleja misión de aunar soluciones políticas, castigo de los delitos más reprobables y, normalmente, establecer las bases de una justicia transicional y de reconstrucción de un Estado.

Ahora bien ¿es esta manera de iniciar el proceso mediante la selección de investigaciones coherente con la pregunta inicial de interpretación pro persona del art. 21.3 ER? Un *policy paper* de 15 de septiembre de 2016 titulado *Case selection and prioritisation*³⁹¹, desarrolla unos criterios que ya venían imponiéndose. La selección de casos está anudada a la gravedad del crimen o crímenes, el grado de responsabilidad de los presuntos perpetradores y los potenciales cargos³⁹².

Para la Fiscalía, la gravedad del crimen como criterio de selección de casos se enfoca de manera similar a como se enfoca el factor de admisibilidad del art. 17.1 d) ER. Como muchos casos pueden ser potencialmente admisibles en virtud del art. 17 ER, la Fiscalía entiende que debe ser más estricta al evaluar la gravedad, a los efectos de la selección de casos, que la requerida por la ley para la admisibilidad³⁹³. La evaluación de la

³⁹¹ Vid. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf consultado en fecha 18 de diciembre de 2017.

³⁹² Vid. Policy paper on case selection and prioritisation, op. cit., párr. 34.

³⁹³ Ibídem, párr. 35.

gravedad³⁹⁴ incluye tanto las consideraciones cuantitativas como cualitativas, lo que, de acuerdo con la norma 29.2 del Reglamento de la Fiscalía, incluye la escala, naturaleza, forma de comisión e impacto de los delitos³⁹⁵. La escala se mide a la luz del número de víctimas directas e indirectas, el daño causado por los crímenes, y la propagación geográfica o temporal del mismo (alta intensidad de los delitos durante un breve periodo de tiempo o baja intensidad de los delitos durante un periodo prolongado)³⁹⁶. La naturaleza de los crímenes se refiere a los elementos específicos de cada ofensa, tales como asesinatos, violaciones, otros crímenes sexuales, o crímenes cometidos contra niños³⁹⁷. La forma de comisión de los crímenes se evalúa a la luz de los medios empleados para ejecutar el crimen, si fueron resultado de un plan o política organizada, fruto del abuso de poderes oficiales, o existan elementos de especial crueldad³⁹⁸. El impacto de los crímenes se examina con arreglo a la vulnerabilidad de las víctimas, el terror infundido posteriormente, la vulnerabilidad social y económica y el daño ambiental infligido a las comunidades afectadas³⁹⁹.

El grado de responsabilidad de los presuntos autores –en fase de investigación–, se circunscribe a las personas que parecen más responsables de los delitos identificados. De ahí que la Fiscalía centre su atención en un primer momento en identificar a las organizaciones (y sus estructuras), pudiendo limitar el número de investigados al nivel medio y alto, con el fin de construir finalmente las bases probatorias para los casos más graves contra los mayores responsables. También se puede incluir a perpetradores de menor nivel cuando su conducta haya sido particularmente grave o notoria⁴⁰⁰. En cuanto a los cargos, la Fiscalía, en el intento de representar tanto como sea posible el verdadero alcance de la situación delictiva, presentará cargos de los principales tipos delictivos en relación a los distintos tipos de víctimas y comunidades que hayan sido afectadas⁴⁰¹.

³⁹⁴ Vid. *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-02/0502/09-243-Red, 8 de febrero de 2010, párr. 31; *Situation in the Republic of Cote d'Ivoire*, “Corrigendum to ‘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire’”, ICC-02/11-14-Corr, 3 de octubre de 2011, párr. 203-204.

³⁹⁵ Vid. Policy paper on case selection and prioritisation, op. cit., párr. 37.

³⁹⁶ *Ibidem*, párr. 38.

³⁹⁷ *Ibidem*, párr. 39.

³⁹⁸ *Ibidem*, párr. 40.

³⁹⁹ *Ibidem*, párr. 41.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, párr. 42.

⁴⁰¹ *Ibidem*, párr. 45.

Los criterios de selección de casos que a continuación se citan se van implementando a lo largo del tiempo. Esto quiere decir que un caso que no es prioritario, no queda al margen. En este sentido, el denominado “Documento de selección de casos” cobra importancia. Se trata de la enumeración de casos en los que la Fiscalía va a centrar sus esfuerzos, basada en el art. 54.1 b) ER, que busca garantizar de manera realista una investigación efectiva y el posterior enjuiciamiento, de acuerdo con los recursos disponibles⁴⁰². Los criterios que marcan las prioridades, resumidamente, son los siguientes:

- La evaluación comparativa de los casos seleccionados, basada en los mismos factores que guían la selección de casos.
- El hecho de si una persona o los miembros de un grupo han sido investigados o enjuiciados por la Fiscalía o un Estado con ocasión de otro crimen de carácter grave.
- La valoración sobre el impacto de las investigaciones y procesamientos en las víctimas y sus comunidades.
- El impacto de las investigaciones y procesamientos sobre la criminalidad en curso y su posible contribución a la prevención de crímenes.
- El impacto y la capacidad de la Fiscalía para perseguir casos que involucren a partes en conflicto de manera paralela o secuencial⁴⁰³.

También se establecen criterios para evaluar la viabilidad operativa de manera eficiente en todos los casos seleccionados:

- La cantidad y calidad de las pruebas incriminatorias y eximentes que ya se encuentran en posesión de la Fiscalía, así como la disponibilidad de pruebas adicionales y posibles riesgos de degradación.
- La cooperación internacional y asistencia judicial para apoyar a la Fiscalía en sus ocupaciones.
- La capacidad para llevar a cabo las investigaciones necesarias dentro de un periodo de tiempo razonable. Esto incluye las condiciones de seguridad en el área donde la Fiscalía planea operar o donde residen las personas que cooperan con ella, y la capacidad de protección de las mismas.

⁴⁰² Ibídem, párr. 48 y 49.

⁴⁰³ Ibídem, párr. 50.

- La posibilidad de garantizar la comparecencia de los sospechosos⁴⁰⁴.

Se observa, por tanto, que el incremento de casos ha llevado a ir delimitando progresivamente a la Fiscalía su *modus operandi*, lo que tiene incidencia directa en el principio de oportunidad. Todo ello debe enmarcarse en el plan estratégico 2016-2018 de la Fiscalía⁴⁰⁵, que destaca en su meta estratégica número 2 para ese período, que los exámenes preliminares son una de las tres principales actividades con incidencia directa en futuras investigaciones y enjuiciamientos, además del potencial que tienen para evitar la intervención de la CPI a través de la prevención y complementariedad. Desde esta perspectiva, propugna desarrollar más las actividades de cooperación de los exámenes preliminares, mejorar la complementariedad y seguir aumentando la transparencia en todo lo relacionado con esta fase⁴⁰⁶. Esto implica que cuando se identifiquen potenciales casos cuya competencia puede recaer en la CPI, se impulse la investigación y enjuiciamiento por parte del Estado Parte interesado. También está prevista una mejora de la comunicación de la Fiscalía en lo tocante a la explicación desde el punto de vista institucional, de los pasos que va dando, al objeto de ganar en transparencia. Esto incluye la publicación de más *policy papers*. Por otra parte, al ser la Fiscalía conocedora del efecto preventivo de los exámenes preliminares mediante la amenaza de enjuiciamientos internacionales, pretende desarrollar los criterios de esta actividad preventiva mediante una reacción temprana consistente en la interacción pronta con los Estados⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Ibídem, párr. 51.

⁴⁰⁵ Vid. Strategic Plan 2016-2018 de 6 de julio de 2015, disponible en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/070715-OTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf, consultado en fecha 18 de diciembre de 2017.

⁴⁰⁶ Strategic Plan 2016-2018, párr. 54.

⁴⁰⁷ Ibídem.

3.- Fase de examen preliminar

I. La primera etapa a la que hemos hecho referencia viene representada por el examen preliminar, que no es sino el estado previo en el que se comprueba si se dan los presupuestos necesarios para que el proceso se pueda desarrollar. Como ya hemos analizado, la CPI no tiene jurisdicción universal, sino que su labor queda enmarcada por los principios de territorialidad (crímenes cometidos en un Estado parte del ER) y, personalidad (crímenes cometidos por un nacional de un Estado Parte); todo ello con la salvedad expuesta, tomando como ejemplo el conflicto armado sirio, del que cabría una eventual remisión por el Consejo de Seguridad. Será el art. 17 ER el que recoja el elenco de causas por las cuales un asunto devendrá en inadmisible:

1. "La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su

responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

II. De este artículo podemos resaltar el principio de complementariedad, reflejado en el apartado 1 letras a), b) y c), es decir, la presunción a favor de los tribunales de los distintos Estados para que sean ellos quienes juzguen. También, la denominada facultad de tutela, plasmada en el apartado 2 a), b) y c), donde la CPI vigila que el proceso interno llevado a cabo en los Estados no tenga por fin sustraer al acusado del proceso en la CPI, se observen demoras injustificadas o no se esté sustanciando de manera imparcial. La complementariedad enunciada por este artículo, resume de alguna manera la filosofía de la CPI, y asegura que esta sea complementaria a las jurisdicciones nacionales. En opinión de WILLIAM A. SCHABAS, sin este art. 17 ER difícilmente el ER hubiese sido adoptado⁴⁰⁸.

Este examen preliminar se caracteriza por ser un ámbito en el que el margen de actuación por parte del Fiscal es bastante amplio, de acuerdo con el art. 15 ER⁴⁰⁹. Esta

⁴⁰⁸ Vid. SCHABAS, WILLIAM A.: “The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute”, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, 2010, pág. 336.

⁴⁰⁹ 1. “El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte.

2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones

figura es la que canaliza y examina preliminarmente las remisiones de los asuntos de los Estados Parte y del Consejo de Seguridad, para proceder después, en su caso, a la activación del mecanismo. Esta concentración de poder en la figura del Fiscal ha llevado, entre otros motivos, a la creación de la SCP, como se desprende de los apartados 3, 4 y 5 del art. 15 ER. Como se deduce del propio articulado, esta Sala⁴¹⁰ tiene como objetivo principal supervisar y autorizar las investigaciones iniciadas *motu proprio* por la Fiscalía. Así, la Fiscalía tiene el deber de analizar la veracidad de la información recibida, para solicitar después a la SCP la apertura del procedimiento. La información que se remite a la CPI y la posibilidad de que la Fiscalía iniciase una investigación *motu proprio* en base a la misma, ha sido objeto de preocupación; de hecho, la redacción final es fruto de tensas negociaciones⁴¹¹. Esta preocupación venía motivada por la posible falta de fiabilidad de las fuentes, y la repercusión que tendría una eventual investigación de la Fiscalía iniciada en base a ella.

III. A su vez, es la propia Fiscalía la que ha marcado el procedimiento a seguir en cada examen preliminar que se incoe, estando este dividido en cuatro análisis entrelazados: 1) análisis de comunicaciones; 2) análisis de competencias; 3) admisibilidad; 4) interés de la justicia⁴¹². El examen preliminar debe estar regido por los principios de independencia, imparcialidad y objetividad. La independencia implica que, aunque en

intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.

3. *El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.*

4. *Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa.*

5. *La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación.*

6. *Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación”.*

⁴¹⁰ De acuerdo con el art. 39. 2 iii) ER: “Las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares serán realizadas por tres magistrados de la Sección de Cuestiones Preliminares o por un solo magistrado de dicha Sección, de conformidad con el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

⁴¹¹ Vid. el resumen de las negociaciones en SCHABAS, WILLIAM A., op. cit, pág. 319.

⁴¹² Vid. Oficina de la Fiscalía, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, octubre de 2010, párr. 27.

las remisiones se mencionen personas o grupos en particular, ello no obliga a la Fiscalía a investigar a estas personas o hechos⁴¹³. La imparcialidad quiere decir que la actuación de la Fiscalía en la fase preliminar se rige por el art. 21.3 ER, es decir, sin distinción basada en “la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”⁴¹⁴. La objetividad se circunscribe al hecho de que, además de investigar las circunstancias incriminatorias, deben investigarse las eximentes para establecer la verdad⁴¹⁵.

La Fiscalía tiene dividido su trabajo entre exámenes preliminares que son objeto de estudio⁴¹⁶, situaciones en las que se ha decidido no investigar⁴¹⁷, y casos en los que se ha decidido continuar con la investigación.

IV. En resumen, la Fiscalía terminará el examen preliminar con una investigación formal respecto de la remisión del presunto hecho delictivo salvo que determine lo siguiente:

a) Que de acuerdo con el art. 53 a) ER entienda que no existe fundamento razonable para llevar a cabo dicha investigación.

⁴¹³ Ibídem, párr. 35.

⁴¹⁴ Ibídem, párr. 38.

⁴¹⁵ Ibídem, párr. 41.

⁴¹⁶ A fecha de 14 de julio de 2017, en <https://www.icc-cpi.int/pages/preliminary-examinations.aspx>, figuran las siguientes: Afganistán (presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra desde el 1 de mayo de 2003. Se encuentra en fase 3: admisible), Burundi (presunta comisión de diversos delitos como consecuencia de la violencia en el país desde abril de 2015), Colombia (presunta comisión de crímenes de guerra desde el 1 de noviembre de 2009, y de crímenes contra la humanidad desde el 1 de noviembre de 2002), Gabón (diversos crímenes competencia de la CPI desde mayo de 2016), Guinea Conakry (presunta comisión de crímenes contra la humanidad en el contexto de los sucesos acaecidos en ese país el 28 de septiembre de 2009), Iraq-Reino Unido (presunta comisión de crímenes de guerra cometidos por británicos durante el periodo de ocupación de Iraq entre los años 2003 y 2008), Nigeria (por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra en el delta del río Níger y otras zonas del país como consecuencia del conflicto armado entre Boko Haram y el ejército gubernamental), Palestina (presunta comisión de diversos crímenes como consecuencia de la ocupación de territorios desde el 13 de junio de 2014), Ucrania (por la presunta comisión de crímenes que pudieran ser competencia de la CPI, en el contexto de las protestas de la plaza del Maidan de 21 de noviembre de 2014), y, finalmente, la decisión de 16 de julio de 2015 para que el Fiscal reconsiderase el asunto remitido por Comoros por registro de buques.

⁴¹⁷ A fecha 14 de julio de 2017 encontramos 3: Honduras (donde el 28 de octubre de 2015, después del análisis de la información disponible, se decidió que no era viable continuar con la investigación), República de Corea del Sur (decisión de 23 de junio de 2014), y Venezuela (decisión de 9 de febrero de 2006, con la posibilidad de retomar el asunto ante nuevos hechos o evidencias).

b) Que concurren algunas de las causas de inadmisibilidad reseñadas en el propio ER⁴¹⁸. En ese caso, se comunicaría la decisión a los remitentes de la situación por escrito, fundamentando las razones que justifiquen la decisión de sobreseer la causa.

c) Que existan razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Así se desprende de la lectura del art. 53 b) ER en relación con el art. 17 ER.

⁴¹⁹ Vid. art. 53 c) ER. Sobre el interés de la justicia se realizarán más adelante unas consideraciones.

4.- Fase de investigación y enjuiciamiento

I. Una vez concluido el examen preliminar, llegamos a la segunda etapa: la investigación y enjuiciamiento. Vemos, así pues, que esta fase está integrada por una subdivisión que, con matices, se corresponde con la fase de instrucción de cualquier procedimiento penal. En esta etapa, el Fiscal sigue ostentando un papel preponderante, pues es al único al que corresponde realizar la instrucción, una vez sea autorizado por la SCP. Esta instrucción se rige por los principios de imparcialidad, legalidad y oportunidad ya destacados, aunque como veremos, estos dos últimos principios pueden entrar en colisión, resolviéndose la disputa en favor del principio de oportunidad.

II. El inicio de las investigaciones viene regulado en un importante artículo, el 53 ER; artículo⁴²⁰ que, de alguna manera, representa el punto en el que coinciden posturas

⁴²⁰ Este artículo establece que:

“1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;*
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;*
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.*

2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

- a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;*
- b) La causa es inadmisibile de conformidad con el artículo 17; o*
- c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.*

3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;

b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

filosóficas y activistas en favor de los diferentes pasos que ha dado el Derecho Penal Internacional⁴²¹.

Entre las funciones y atribuciones que puede llevar a cabo el instructor con el fin de esclarecer los hechos, podemos destacar las siguientes del art. 54 ER: determinar la responsabilidad penal individual, debiendo investigar tanto las circunstancias incriminatorias como las eximentes (art. 54.1 a) ER); adoptar las medidas necesarias para asegurar el secreto de la instrucción (art. 54 b) y 54.3 e) ER); reunir las pruebas y asegurar la eficacia de la investigación teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso (art. 54.3 a) ER); interrogar a las personas investigadas, las víctimas o los testigos (art. 54. 3 b) ER); investigar en el territorio de los Estados Parte (art. 54.2 ER); o la de pedir la colaboración de terceros (art. 54.3 d) ER). No obstante, toda esta labor instructora, dada la complementariedad de jurisdicción de la CPI que ya hemos comentado, no se realiza cuando son los propios Estados quienes están ejerciendo su jurisdicción. En este sentido, de acuerdo con el art. 18 ER, si ha sido un Estado Parte el que ha remitido el asunto a la CPI, el Fiscal debe comunicar a todos los Estados Parte que podrían ejercer su jurisdicción para que, en el plazo de un mes, le notifiquen las acciones que se están llevando a cabo y se produzca así la inhibición en favor de un Estado concreto, salvo que la SCP autorice⁴²² la investigación por no poder o no estar dispuesto a juzgar el Estado la situación en cuestión.

Aun así, encontramos en el art. 18 ER numerosas prerrogativas encaminadas a la supervisión que realiza el Fiscal sobre las jurisdicciones nacionales, como reexaminar su inhibición (art. 18.3 ER⁴²³), solicitar informes periódicos sobre la marcha del proceso

4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”.

⁴²¹ Documento de la Fiscalía titulado “Policy Paper on the Interest of Justice”, septiembre de 2007, párr. 2. Sobre la naturaleza de estos documentos de política criminal volveremos más adelante.

⁴²² El art. 18.2 ER establece que: “*Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación*”.

⁴²³ Así, el art. 18.3 ER señala que: “*El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la inhibición o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo*”.

(art. 18.5 ER⁴²⁴), o pedir a la SCP que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente (art. 18.6 ER⁴²⁵).

III. Encontramos, a su vez, dos limitaciones a la labor de investigación del Fiscal, ambas relacionadas con el Consejo de Seguridad. La primera hace referencia a una eventual comisión del crimen de agresión, ya que es el propio Consejo de Seguridad quien debe determinar con carácter previo si un acto concreto constituye o no una agresión. La segunda es la facultad del Consejo de Seguridad de suspender cualquier investigación o enjuiciamiento que se siga ante la CPI por un periodo de 12 meses prorrogable, de acuerdo con el art. 16 ER:

“En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”.

Para LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, esta posibilidad tan criticable no es sin embargo ajena a la filosofía que preside el desarrollo del proceso⁴²⁶, siempre que se cumplan dos requisitos formales: que se adopte una Resolución formal al efecto, con arreglo al Capítulo VII de la Carta de NU; y que no exceda de un plazo de 12 meses. Transcurrido el plazo, puede volver a prorrogarse mediante otra Resolución, pues no caben las prórrogas tácitas.

⁴²⁴ El art. 18.5 ER establece que: “Cuando el Fiscal se haya inhibido de su competencia en relación con la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2, podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior. Los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas”.

⁴²⁵ El art. 18.6 estipula lo siguiente: “El Fiscal podrá, hasta que la Sala de Cuestiones Preliminares haya emitido su decisión, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia en virtud de este artículo, pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente”.

⁴²⁶ Vid. LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, op. cit. pág. 185.

IV. Toda esta labor del Fiscal está supervisada por la SCP, como se desprende del art. 57.3 ER⁴²⁷. Especial mención también merece el art. 56.3 ER, donde igualmente se resalta ese papel supervisor activo que se concede a la SCP, pues cuando considere que el Fiscal no ha solicitado determinadas medidas previstas que, a su criterio, sean esenciales para la defensa en juicio, le consultará si se justificaba el no haberlas solicitado. En su caso, la SCP podría adoptar de oficio esas medidas si, tras la consulta, llegare a la conclusión de que no había justificación para no solicitarlas. Esta actuación, como garante de los derechos de la defensa, ha sido relacionada por algún sector doctrinal con lo dispuesto en el art. 120 de la LECrim.

V. Entrelazada con la etapa de investigación –si bien posterior al inicio de la investigación–, encontramos el enjuiciamiento ya que el art. 58.1 ER establece que:

1. “En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que:

a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y

⁴²⁷ Establece que: “Además de otras funciones que le confiere el presente Estatuto, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá:

- a) A petición del Fiscal, dictar las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de una investigación;*
- b) A petición de quien haya sido detenido o haya comparecido en virtud de una orden de comparecencia expedida con arreglo al artículo 58, dictar esas órdenes, incluidas medidas tales como las indicadas en el artículo 56 o solicitar con arreglo a la Parte IX la cooperación que sea necesaria para ayudarle a preparar su defensa;*
- c) Cuando sea necesario, asegurar la protección y el respeto de la intimidad de víctimas y testigos, la preservación de pruebas, la protección de personas detenidas o que hayan comparecido en virtud de una orden de comparecencia, así como la protección de información que afecte a la seguridad nacional;*
- d) Autorizar al Fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber obtenido la cooperación de éste con arreglo a la Parte IX en el caso de que la Sala haya determinado, de ser posible teniendo en cuenta las opiniones del Estado de que se trate, que dicho Estado manifiestamente no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación con arreglo a la Parte IX.*
- e) Cuando se haya dictado una orden de detención o de comparecencia con arreglo al artículo 58, y habida cuenta del valor de las pruebas y de los derechos de las partes de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, recabar la cooperación de los Estados con arreglo al párrafo 1 k) del artículo 93 para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas”.*

b) La detención parece necesaria para:

i) Asegurar que la persona comparezca en juicio;

ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o

iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

2. La solicitud del Fiscal consignará:

a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;

b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido;

c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes;

d) Un resumen de las pruebas y cualquier otra información que constituya motivo razonable para creer que la persona cometió esos crímenes; y

e) La razón por la cual el Fiscal crea necesaria la detención.

3. La orden de detención consignará:

a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;

b) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte por el que se pide su detención; y

c) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

4. La orden de detención seguirá en vigor mientras la Corte no disponga lo contrario.

5. La Corte, sobre la base de la orden de detención, podrá solicitar la detención provisional o la detención y entrega de la persona de conformidad con la Parte IX del presente Estatuto.

6. El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que enmiende la orden de detención para modificar la referencia al crimen indicado en ésta o agregar otros. La Sala de Cuestiones Preliminares enmendará la orden si estuviere convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona cometió los crímenes en la forma que se indica en esa modificación o adición.

7. El Fiscal podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que, en lugar de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala, de estar convencida de que hay motivo razonable para creer que la persona ha cometido el crimen que se le imputa y que bastará con una orden de comparecencia para asegurar que comparezca efectivamente, dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad (distintas de la detención) que prevea el derecho interno, una orden para que la persona comparezca. La orden de comparecencia consignará:

- a) El nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación;*
- b) La fecha de la comparecencia;*
- c) Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido; y*
- d) Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.*

La notificación de la orden será personal”.

VI. En principio, toda investigación debería conducir a un enjuiciamiento. No obstante, después de investigar el Fiscal, caben dos opciones. La primera tiene lugar cuando el Fiscal, concluye que no hay base suficiente para continuar, por concurrir alguna de las causas previstas en el art. 53 ER: no existir base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia (art. 53.2 a) ER); que la causa sea inadmisibile (art. 53.2 b) ER); o que el enjuiciamiento no redunde en interés de la justicia (art. 53.2 c) ER). También podría ocurrir que no se identificase a ningún sospechoso. Al igual que sucedía cuando el Fiscal decidía no iniciar una investigación, en caso de que no estimase oportuno iniciar el enjuiciamiento, debe notificar su conclusión motivada a la SCP y al Estado⁴²⁸ que hubiese remitido el asunto de acuerdo con el art. 14 ER, o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el art. 13 b) ER, tal y como establece el art. 53.2 c) ER⁴²⁹. Esta notificación debe plasmar las razones por las cuales

⁴²⁸ Vid. regla 105.1 RPP.

⁴²⁹ En relación a este polémico artículo, puede traerse a colación el asunto del General Pinochet. A estos efectos, encontramos una buena resumen expositivo en GÓMEZ CAMPELO, ESTHER: “El Derecho Penal Internacional ante el caso Pinochet”, consultado en:

se decide no enjuiciar, de acuerdo con la subregla 2 de la regla 92 RPP. Ello incluye la notificación a las víctimas que hayan participado ya en las actuaciones y, en general, a todos los que se hayan puesto en contacto con la CPI.

VII. La segunda posibilidad, la ordinaria, pasa por que el Fiscal aprecie la existencia indicios racionales de criminalidad, en cuyo caso, la SCP dictará una orden de detención o de comparecencia, en los términos expresados en el art. 58 ER. La orden de detención se reserva para los siguientes supuestos:

- Asegurar que la persona comparezca en el juicio (art. 58.1 b) i) ER).
- Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la CPI (art. 58.1 b) ii) ER).
- Impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea competencia de la CPI, y tenga su origen en las mismas circunstancias (art. 58.1 b) iii) ER).

La constatación de los motivos razonables para creer que se ha cometido un crimen, puede surgir en cualquier momento una vez iniciada la investigación. Una vez apreciada, correspondería bien la orden de detención, bien la orden de comparecencia. Como destaca WILLIAM A. SCHABAS, las instrucciones a la SCP, en la terminología romano-estatutaria, son claras y ambiguas, en el sentido de la elección de las palabras. Esto es debido a que la expresión “la detención parece necesaria”, indica que la SCP está obligada a ordenar la detención si concurre alguno de los requisitos contemplados en el art. 58.1 b) ER⁴³⁰.

La orden de comparecencia, de acuerdo con el art. 58.7 ER, se dicta por la SCP a petición del Fiscal, cuando hay un motivo razonable para creer que la persona que ha cometido el crimen que se le imputa, comparecerá efectivamente con o sin las condiciones limitativas de libertad (distintas de la detención), que prevea el derecho interno. Es decir, que al igual que el art. 492 de la LECrim⁴³¹, la diferencia entre la

http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6084/Derecho_G%C3%B3mez_AFDUA_1998_1999_PDF?sequence=1 en fecha 15 de mayo de 2017. Artículo procedente a su vez del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, 1998-1999, vol. 8, págs. 277-306.

⁴³⁰ Vid. SCHABAS, WILLIAM A., op. cit, pág. 706.

⁴³¹ El art. 492 3º y 4º LECrim señalan la posibilidad de detención en relación: “3º) *Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el*

orden de detención y la orden de comparecencia estriba en el riesgo de fuga; de ahí que, para emitir una orden de detención, la misma debe estar revestida, al igual que en el derecho interno, de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*. Como apunta un sector doctrinal⁴³², la orden de detención es similar al auto de procesamiento por los siguientes motivos: porque puede adoptarse en cualquier fase del procedimiento, porque cambia el estatuto procesal de la persona a la que se refiere, y porque asegura la comparecencia de la persona en las distintas fases del procedimiento. Otros, tomando como referencia el art. 58.4 ER, han observado más semejanzas con la detención preventiva, por la gravedad de la materia y el riesgo de fuga⁴³³.

VIII. El siguiente hito es la confirmación de cargos, regulada en el extenso art. 61 ER. Aunque algún sector doctrinal ha inferido, con carácter general, que nos encontramos en una etapa análoga a nuestra fase intermedia, otros, con una mayor concreción dentro de la fase intermedia, han encontrado ciertas similitudes con el escrito de calificación provisional, previsto en el art. 650 LECrim, por consignar, entre otras cuestiones, los hechos punibles, la calificación legal de los mismos y la participación que se le atribuye⁴³⁴. A nuestro juicio sería más conveniente buscar las semejanzas con la convocatoria de la audiencia preliminar regulada en el art. 30 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado⁴³⁵, por el ritmo de impulso procesal marcado por el juez para proceder a una posterior audiencia preliminar.

párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”.

⁴³² Vid. LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, op. cit. pág. 189

⁴³³ En este sentido, habría que relacionar el art. 492 LECrim con el art. 60.3 ER, que establece que: “La Sala de Cuestiones Preliminares revisará periódicamente su decisión en cuanto a la puesta en libertad o la detención, y podrá hacerlo en cualquier momento en el que lo solicite el Fiscal o el detenido. Sobre la base de la revisión, la Sala podrá modificar su decisión en cuanto a la detención, puesta en libertad o las condiciones de ésta, si está convencida de que es necesario en razón de un cambio en las circunstancias”.

⁴³⁴ Vid. PÉREZ ARIAS, JACINTO: “El Proceso ante la Corte Penal Internacional”, Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, 2010, Vol. 28, pág. 103.

⁴³⁵ El apartado 1 de dicho artículo señala que: “Inmediatamente que el Ministerio Fiscal o una parte acusadora insten en los términos del artículo anterior la apertura del juicio oral, el Juez señalará el día más próximo posible para audiencia preliminar de las partes sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, salvo que estén pendientes de practicarse las diligencias de investigación solicitadas por la defensa del imputado y declaradas pertinentes por el Juez. Una vez practicadas éstas, el Juez procederá a

La SCP celebra una audiencia en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor. No obstante, a solicitud del Fiscal o de oficio, la SCP puede celebrarla en ausencia del acusado cuando éste haya renunciado a su derecho a estar presente (art. 61.2 a ER), o cuando haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la CPI (art. 61.2 b ER). En tal caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la SCP resuelva que ello redunde en interés de la justicia. Vemos, por tanto, que la confirmación de cargos comporta importantes modificaciones procesales, pues la persona objeto de la investigación comienza a ser denominada “imputada” (art. 61.1 ER *in fine*), o acusado (art. 61.2 ER). Como no podría ser de otra forma, el ER evita el término “acusado” antes de la celebración de la audiencia de confirmación de cargos.

El apartado 1º del art. 61, consigna la necesidad de que la audiencia para confirmar los cargos se celebre “dentro de un plazo razonable”. Puesto que es un término indefinido, hemos de acudir a los supuestos prácticos para esbozar el “plazo razonable”, una vez se haya entregado al interesado a la CPI, o haya comparecido voluntariamente. En el caso de Thomas Lubanga, este fue puesto a disposición de la CPI en marzo de 2006, desarrollándose la audiencia de confirmación de cargos entre el 9 y el 26 de noviembre de 2006, confirmándose los cargos el 29 de enero de 2007⁴³⁶. En el ámbito también de la República Democrática del Congo, Germain Katanga fue puesto a disposición de la CPI el 22 de octubre de 2007 y Mathieu Ngudjolo Chui el 11 de febrero de 2008, teniendo lugar la audiencia de confirmación de cargos entre el 27 de junio y el 16 de julio 2008. La decisión de confirmar los cargos se produjo el 30 de septiembre de 2008⁴³⁷. El tercer ejemplo, esta vez de República Centroafricana, es el referente a Jean Pierre Bemba Gombo, que fue puesto a disposición de la CPI el 4 de julio de 2008, teniendo lugar la audiencia entre el 12 y el 15 de enero de 2009. La decisión de confirmar los cargos, se produjo el 15 de junio de 2009⁴³⁸. Se constata, pues, que, salvo que la CPI necesite un tiempo más extenso para determinar que las pruebas son insuficientes (como fue, en parte, el caso de Jean Pierre Bemba), el tiempo que suele

efectuar el referido señalamiento. Al tiempo resolverá sobre la admisión y práctica de las diligencias interesadas por las partes para el acto de dicha audiencia preliminar”.

⁴³⁶ Cfr. Thomas Lubanga, ICC-01/04-01/06, decisión de confirmación de cargos el 29 de enero de 2007.

⁴³⁷ Cfr. Germain Katanga et al., ICC-01/04-01/07, decisión de confirmación de cargos el 30 de septiembre de 2008.

⁴³⁸ Cfr. Jean Pierre Bemba, ICC-01/05-01/08.

mediar entre la puesta a disposición de la CPI y la audiencia de confirmación de cargos es de seis meses aproximadamente.

En el acto de la audiencia, el Fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. Esta carga de la prueba que recae sobre el Fiscal se orienta, de manera individualizada para cada cargo, a demostrar que hay razones para creer que la persona cometió los cargos que se le atribuyen. En palabras de la SCP I, “ello impone un requisito de convicción que va más allá de la teoría o sospecha”⁴³⁹; también ha indicado que son necesarias “pruebas concretas y tangibles que demuestran una línea clara de razonamiento que apuntala acusaciones específicas”⁴⁴⁰. Correlativamente, el imputado podrá impugnar los cargos, impugnar las pruebas presentadas por el Fiscal, y presentar pruebas (art. 61.6 ER).

IX. La SCP determinará, sobre la base de la audiencia, si hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa (art. 61.7 ER). Según el sentido de esa determinación, la SCP adoptará diversas resoluciones que, según los casos, vienen a resultar equivalentes a la apertura del juicio oral, al sobreseimiento provisional o al planteamiento de la tesis:

a) Confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una SPI para su enjuiciamiento por los cargos confirmados. Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la SCP y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos, pero si su intención es presentar nuevas acusaciones o sustituir los cargos iniciales por otros más graves, debe pedir una audiencia para confirmarlos.

b) No confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes, pudiendo igualmente levantar la audiencia y pedir al Fiscal que considere la posibilidad de presentar nuevas pruebas o de llevar a cabo nuevas

⁴³⁹ Vid. Thomas Lubanga ICC-01/04-01/06, decisión de confirmación de cargos el 29 de enero de 2007, párr. 37.

⁴⁴⁰ Vid. *Ibidem*, párr. 39.

investigaciones en relación con un determinado cargo. En cualquier caso, la ausencia de confirmación de un cargo no obstará para que el Fiscal la pida nuevamente a condición de que presente pruebas adicionales, lo que denota que la decisión carece de efecto de cosa juzgada y que equivale, en consecuencia, al sobreseimiento provisional.

c) Finalmente, podrá levantar la audiencia y pedir al Fiscal que considere la posibilidad de modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indiciar la comisión de un crimen distinto de la competencia de la CPI.

La no confirmación de un cargo por parte de la SCP, no es impedimento para que la Fiscalía pueda presentar ulteriormente pruebas nuevamente (art. 61.8 ER). En cualquier caso, toda modificación de los cargos o presentación de nuevos, requiere una nueva audiencia de confirmación en los mismos términos (art. 61.9 ER).

5.- Fase de juicio oral

I. Después de la confirmación, tiene lugar la constitución de la Presidencia de la SPI, que es la cámara con atribuciones para conocer en la siguiente fase del procedimiento (art. 61.11 ER), a saber, el juicio. También puede suceder que se remita la causa a una SPI constituida con anterioridad⁴⁴¹. El primer precepto que el ER dedica a esta fase del proceso es el art. 62 ER, que establece que: “*A menos que se decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la Corte*”. Este precepto se complementa con la regla 100 RPP⁴⁴², que prevé el mecanismo para solicitar el cambio de ubicación cuando razones de práctica testifical y de prueba así lo aconsejen. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la SPI, podrá retirar los cargos (art. 61.9 ER *in fine*). Es el Secretario de la CPI el encargado de llevar el expediente de las actuaciones procesales que haya transmitido la SCP (regla 131.1 RPP).

II. El siguiente aspecto regulado por el ER en su artículo 63, versa sobre la necesidad que tiene el acusado de estar presente durante el juicio, salvo que razones de orden en la Sala aconsejen lo contrario. Detrás de ese art. 63 se esconde la pugna que hubo entre un sector garantista que abogaba por el derecho irrenunciable de todo acusado a hallarse presente en el proceso, con el consiguiente rechazo a los juicios *in absentia*; y una segunda postura más permisiva o menos garantista, que veía posibles los juicios *in absentia*, toda vez que bastaría que el procesado huyese a algún Estado que no fuese parte del ER, para eludir la acción de la justicia. Este debate quedó zanjado a favor de la opción garantista, ya que el art. 63.2 ER únicamente permite el juicio *in absentia* –de manera excepcional y temporal- por razones exclusivas de orden durante el desarrollo del juicio. Este art. 63.2 ER, requiere que el juicio ya haya comenzado, y que, de alguna

⁴⁴¹ Vid. La regla 130 RPP habla de que: “*La Presidencia, cuando constituya la Sala de Primera Instancia y le remita la causa, le transmitirá la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares y el expediente de las actuaciones. La Presidencia podrá también remitir la causa a una Sala de Primera Instancia constituida anteriormente*”.

⁴⁴² La regla 100 RPP señala que: “*1. La Corte, en una determinada causa en la cual considere que redundaría en interés de la justicia, podrá decidir que ha de sesionar en un Estado distinto del anfitrión. 2. El Fiscal, la defensa o una mayoría de los magistrados de la Corte podrá, en cualquier momento después de iniciada la investigación, solicitar o recomendar que se cambie el lugar en que sesiona la Corte. La solicitud o recomendación irá dirigida a la Presidencia, será hecha por escrito y especificará en qué Estado sesionaría la Corte. La Presidencia recabará la opinión de la Sala de que se trate. 3. La Presidencia consultará al Estado en que la Corte se propone sesionar y, si éste estuviera de acuerdo en que la Corte puede hacerlo, la decisión correspondiente deberá ser adoptada por los magistrados en sesión plenaria y por una mayoría de dos tercios*”.

manera, esas interrupciones sean constantes, impidiendo el desarrollo normal del juicio. Ahora bien, el principio de presencia del acusado es una característica que debe regir todas las fases capitales del proceso, cuestión recogida en la regla 144.1 RPP, donde precisamente se establece que: *“Las decisiones de la Sala de Primera Instancia relativas a la admisibilidad de una causa, la competencia de la Corte, la responsabilidad penal del acusado, la imposición de la pena o la reparación serán dictadas públicamente y, siempre que sea posible, en presencia del acusado, el Fiscal, las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones de conformidad con las reglas 89 a 91 y los representantes de los Estados que hayan participado en las actuaciones”*. Un sector doctrinal entiende que la presencia física en el juicio implica también que el acusado esté en condiciones de comprender lo que está sucediendo, de ahí su derecho a ser informado y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, de la causa y el contenido de los cargos que se le imputan (art. 67.1 a) ER)⁴⁴³.

Las atribuciones de la SPI vienen reseñadas en el art. 64 ER, recibiendo la misma el expediente, de manos del Secretario de la CPI según hemos indicado anteriormente. Como resumen de estas atribuciones podemos resaltar las siguientes: velar porque el juicio sea justo y expedito (art. 64.2 ER); celebración de consultas con las partes y adopción de procedimientos para la sustentación del juicio (art. 64.3 a) ER y regla 132); determinación del idioma (art. 64.3 b) ER); la acumulación o separación de cargos cuando haya más de un acusado (art. 64.5 ER y regla 136 RPP); ordenar la comparecencia y la declaración de testigos y la presentación de documentos y otras pruebas, recabando, de ser necesario, la asistencia de los Estados (art. 64.6 b) ER); dirimir cualquier cuestión relativa a la sustentación de la causa (art. 64.6 f) ER y regla 134 RPP); o la divulgación de documentos o de la información⁴⁴⁴ que no se haya divulgado anteriormente, con suficiente antelación al comienzo del juicio, al objeto de permitir su preparación adecuada (art. 64.3 c) ER y regla 84). En relación a la obligación de que la SPI vele porque el juicio sea expedito, el magistrado GEORGHIOS M. PIKIS (SA), entiende que “es más estricto que el importado por la exigencia de que

⁴⁴³ Vid. SCHABAS, WILLIAM A., op. cit., pág 757.

⁴⁴⁴ En derecho anglosajón recibe el nombre de “disclosure of evidence”.

se celebre el juicio sin dilaciones indebidas, que se incorpora en la noción de un juicio justo; un estándar que el Tribunal está obligado a respetar”⁴⁴⁵.

III. Continuando con la cronología, el art. 64.8 a) ER alude a que, al comenzar el juicio, la SPI dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la SCP, cerciorándose la SPI de que el acusado comprende la naturaleza de los mismos. En ese momento, se dará al acusado la oportunidad de declararse culpable de conformidad con el art. 65 ER, o inocente. La doctrina ha señalado que esta posibilidad de declararse culpable no responde a las razones de economía procesal que se fomentan en derecho anglosajón en los juicios con jurado⁴⁴⁶. En este sentido, de la lectura del art. 65 ER se desprende que, aunque el acusado se declare culpable observando las prescripciones previstas en el art. 65.1 ER, la SPI ha de constatar –lo que de por sí constituye una labor activa-, la veracidad de esa confesión libre del acusado. Este último aspecto incluye la petición al Fiscal de nuevas pruebas, e incluso tener por no formulada la declaración de culpabilidad (art. 65.4 b) ER). El hecho de que no exista negociación o conformidad parece adecuado, ya que la gravedad de los asuntos que se ventilan en el proceso, no constituyen un ámbito propicio a la transacción, sino para su examen en el marco de la *litis*. Esto es una exigencia no sólo de Derecho público, sino, principalmente, de reparación, reconocimiento del daño causado y fijación de unos hechos a través de una sentencia judicial que pone fin al proceso; sentencia que por otra parte influye de manera importante en la reconstrucción de un Estado después de un conflicto. En el impulso del proceso, la SPI puede, en relación con las atribuciones recogidas en el art. 64.6 mencionado, adoptar también medidas para la protección del acusado, de los testigos y de las víctimas; y dirimir cualesquiera otras cuestiones pertinentes (art. 64.6 e) ER). Sin embargo, más que una posibilidad, ha de interpretarse como una obligación.

Los artículos 66 y 67 ER recogen los derechos del acusado, sobre los que la SPI tiene obligación de informarle inmediatamente después de preguntar al acusado sobre su inocencia o culpabilidad. En el elenco de esos dos artículos, quedan recogidos todas las garantías fundamentales que ya están enumeradas en otros instrumentos internacionales como el PIDCP o el CEDH. Así, se recogen entre otros los siguientes: la presunción de

⁴⁴⁵ Vid. Thomas Lubanga ICC-01/04-01/06 OA 12, voto particular del Georghios M. Pikis, 21 de octubre de 2008, párr. 15.

⁴⁴⁶ Tal es la lectura de LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, op. cit. pág. 210.

inocencia⁴⁴⁷ del art. 66.1 ER (recogida en el art. 14.2 PIDCP y art. 6.2 CEDH y el art. 11.1 DUDH, o la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio)⁴⁴⁸, entendido como el derecho de toda persona acusada de alguna infracción penal a no sufrir una condena salvo que la culpabilidad haya quedado establecida en una sentencia firme tras un juicio justo; a una audiencia justa, imparcial y pública en el art. 67.1 ER (reflejada en el art. 14.1 PIDCP y art. 6.1 CEDH), derecho a ser informado sin demora de los cargos imputados en el art. 67.1 a) ER (incluido en el art. 14.3 a) PIDCP y arts. 5.2 y 6.3 a) CEDH), el derecho a disponer del tiempo y los medios necesarios para preparar su defensa, y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección en el art. 67.1 b) ER (presente en el art. 14.3 b) PIDCP y art. 6.3 CEDH); el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 67.1 c) ER) (derecho establecido en el art. 14.3 c) PIDCP y art. 6.1 CEDH), el derecho a hallarse presente en el proceso del art. 67.1 d) ER) (integrado en el art. 14.3 d) PIDCP y art. 6.3 CEDH); derechos relacionados con el interrogatorio de los testigos de cargo y descargo (art. 67.1 e) ER (también establecido en el art. 14.3 e) PIDCP y el art. 6.3 d) CEDH); el derecho a ser asistido por un intérprete y a obtener la traducción de los documentos necesarios para garantizar la igualdad de las partes del art. 67.1 f) ER (también incluido en el art. 14.3 f) PIDCP y 6.3 CEDH), el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable art. 67.1 g) ER (correlativo al art. 14.3 g) PIDCP, o el derecho a que no se invierta la

⁴⁴⁷ Entre diversa jurisprudencia sobre el particular, podemos traer a colación la sentencia del TEDH de 4 de diciembre de 2008 (Gran Sala 2008/104) relativa al caso S. y Marper contra Reino Unido, que hace hincapié en la necesidad de velar por la siguiente máxima: “no se pueden expresar sospechas sobre la inocencia de un acusado”. Ha sido también el TEDH, en esta ocasión en la sentencia de 5 de julio de 2001, en el caso Philips contra el Reino Unido, el que ha destacado que la “presunción de inocencia es un aspecto del derecho a un juicio equitativo amparado en el apartado 1 del artículo 5 (...)”. Si atendemos a la jurisprudencia constitucional, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que la presunción de inocencia tiene una doble dimensión, ya que “opera en el seno del proceso como una regla de juicio, pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud del cual el imputado tiene derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo” (sentencia de 26 de julio de 1995). Con mayor claridad aun se pronuncia la sentencia de 2 de marzo de 2015, en la que se destacó que: “la presunción de inocencia, además de ser criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo solo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los tribunales penales, pueda entenderse de cargo”.

⁴⁴⁸ El derecho a la presunción de inocencia, en síntesis, implica que la práctica de prueba ha de demostrar más allá de toda duda razonable la culpabilidad, el derecho –si procede- a estar en libertad hasta el comienzo del juicio, el derecho a permanecer en silencio durante la instrucción y el juicio, o el derecho –si estuviere detenido- a permanecer en un emplazamiento distinto al de los condenados.

carga de la prueba, ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas del art. 67.1 i) ER. En referencia a la audiencia justa e imparcial del art. 67.1 ER, la SCP II entiende que “está estrechamente vinculada al concepto de “igualdad de armas” o al equilibrio entre las partes durante el proceso. Tal como se entiende comúnmente, se refiere a la capacidad de una parte en un procedimiento para presentar adecuadamente su caso, con miras a influir en el resultado del procedimiento a su favor”⁴⁴⁹.

IV. Dejando para más adelante la protección de las víctimas y testigos del art. 68 ER, nos adentramos en el ámbito de la práctica de prueba del art. 69 ER (y su correlativa regulación en las RPP, concretamente de la 63 a la 75). Del art. 69.4 ER y las reglas 63.2 y 64⁴⁵⁰, se desprende la libre valoración de la prueba, decidiendo así “sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta (...) su valor probatorio y cualquier perjuicio a un juicio justo (...)”. Es importante resaltar, de acuerdo con el art. 69.7 ER, la inadmisibilidad de pruebas obtenidas como resultado de una violación del ER, o de normas de Derechos Humanos. Existen también algunas especificidades de la prueba (reglas 70 y 71) en casos de violencia sexual, que veremos en el estudio de la participación de las víctimas en el proceso⁴⁵¹.

V. Finalmente, hemos de resaltar una característica peculiar del proceso desarrollado por la CPI, dada su cualidad internacional. Nos referimos al extenso art. 72, relativo a la protección de la información que afecte a la seguridad nacional de un Estado Parte. Este precepto permite a los Estados dejar en suspenso su obligación de cooperar con la CPI. Como esta cuestión no es ninguna novedad, y fue fruto de agitados debates, el art. 72 ha regulado un sistema para que los Estados no den a conocer información que, a su juicio, podría ser importante para su seguridad nacional. El art. 72.5 ER indica el derecho a solicitar tanto a la CPI como a las partes en el proceso, su cooperación para la resolución de la cuestión -adoptando medidas tales como la modificación o aclaración de la solicitud-, la obtención de la información o pruebas de una fuente distinta o de una

⁴⁴⁹ Vid. Situation in Uganda ICC-02/04-01/05, párr. 30.

⁴⁵⁰ En este sentido la regla 63.2 señala que: “La Sala, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 64, tendrá facultades discrecionales para valorar libremente todas las pruebas presentadas a fin de determinar su pertinencia o admisibilidad con arreglo al artículo 69”.

⁴⁵¹ Sobre el desarrollo y valoración de la prueba volveremos a incidir con más profundidad con ocasión del papel de la víctima en esta fase procesal.

forma diferente, o un acuerdo sobre las condiciones en las que se preste la asistencia. Finalmente, de acuerdo con el art. 72.7 ER, la CPI puede examinar la pertinencia de la información derogada.

VI. El art. 74 y el art. 76 ER regulan la sentencia. El fallo se dictará, previa deliberación secreta, por mayoría de votos y sólo podrá fundarse en las pruebas practicadas ante la CPI en el juicio. Constará por escrito y contendrá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones y deberá incluir, a falta de unanimidad, las opiniones de la mayoría y de la minoría. Después de los alegatos finales, la decisión de la fecha en la que los magistrados tenga previsto pronunciar el fallo debe ser anunciada a todos aquellos que hayan participado en el procedimiento; el fallo será dictado dentro de un plazo razonable después de que la SPI se haya retirado a deliberar (regla 142.1 RPP). En caso de que dicte fallo condenatorio, la SPI impondrá la pena que proceda, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso. Cuando haya más de un cargo, la SPI fallará por separado cada uno de ellos. Si hay más de un acusado, la SPI fallará por separado los cargos contra cada acusado (regla 142.2 RPP). Salvo que exista declaración de culpabilidad, podrá convocar de oficio una nueva audiencia, y tendrá que hacerlo si lo solicitan el Fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena y a la responsabilidad civil, de conformidad con las RPP⁴⁵². Estos dos artículos, 74 y 76, sobre requisitos para el fallo y características del fallo condenatorio, son los más precisos que se hayan escrito, si los comparamos con las disposiciones previstas a tales efectos por los estatutos del Tribunal Militar de Núremberg, Tribunal Militar para el Lejano Oriente, el TPIY y el TPIR⁴⁵³.

Las penas aplicables⁴⁵⁴ se recogen en el art. 77 ER, pudiendo ser divididas entre penas privativas de libertad con un límite máximo de 30 años (art. 77.1 a) ER), reclusión a perpetuidad (art. 77.1 b) ER), y por otro, penas pecuniarias complementarias: multas

⁴⁵² El art. 75 ER, que será objeto de análisis más adelante, hace referencia a la reparación a las víctimas.

⁴⁵³ Cfr. SCHABAS, WILLIAM A., op. cit., pág. 873.

⁴⁵⁴ En este sentido, ya pusimos de relieve que en el Instrumento de ratificación de España del ER, a los efectos del art. 103.1 b) ER, se especificó lo siguiente: «España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española».

(art. 77.2 a) ER) y decomisos (art. 77.2 b) ER). Sobre estos extremos nos extenderemos más adelante con ocasión de la justicia reparativa en relación a las víctimas. La filosofía de actuación de la CPI destaca por perseguir, como sabemos, crímenes graves. Esta repetitiva cualidad insertada nuevamente en el art. 77.1 b) para los casos de reclusión a perpetuidad, no ha sido sino una manera de granjearse la aceptación de algunos Estados que veían en esta condena una severidad injustificada⁴⁵⁵. Esa es la causa por la que la regla 145.3 RPP manifiesta que podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes. No obstante, el art. 110.3 ER establece que cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la CPI examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse, siendo estos plazos de examen preceptivos.

Puede hacerse un inciso a este respecto, en relación a la prisión permanente revisable que entró en vigor en España el pasado 1 de julio de 2015 al amparo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995⁴⁵⁶, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴⁵⁷. Este texto legislativo aglutinó el rechazo de los grupos parlamentarios que no sostenían al Gobierno, y fue posteriormente impugnado ante el Tribunal Constitucional. Entre las numerosas críticas que ha suscitado, puede traerse a colación -entre otras muchas- la de PEDRO ÁNGEL RUBIO LARA, quien entiende que “esta pena podría no dar debido cumplimiento a los fines de reinserción social, puesto que, una vez cumplida la condena, al sujeto se le va a juzgar de nuevo para decidir si se le otorga o no la libertad, produciéndose una clara inseguridad en su puesta en libertad, lo que, a su vez, provocaría falta de motivación para desarrollarse personalmente e, incluso, falta de arrepentimiento, lo que es radicalmente contrario a la resocialización. Podría ocurrir que, una vez cumplida la pena, el condenado no se haya resocializado, pero lo que nunca debería ocurrir es que se le prive de esta posibilidad

⁴⁵⁵ Vid. SCHABAS, WILLIAM A., op. cit., pág. 895.

⁴⁵⁶ Aprobada como consecuencia de la mayoría absoluta del grupo parlamentario popular en la X Legislatura.

⁴⁵⁷ Vid. apartado treinta y cinco del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, por el que se introduce una nueva letra e) en el apartado 1, y se modifica el apartado 2 del artículo 76.

mediante la imposición de una pena determinada”⁴⁵⁸. En suma, los fundamentos del rechazo a la nueva pena por parte de un sector doctrinal significativo, pueden reconducirse al endurecimiento desproporcional de la pena, permitiendo la extensión más allá de la pena prevista por el tipo penal como consecuencia de los hechos delictivos cometidos⁴⁵⁹. A *sensu contrario*, entre las críticas favorables, puede citarse la de JAVIER MUÑOZ CUESTA, pues sintetiza el sentir de otro sector doctrinal al manifestar que: “la cuestión que nos ocupa es propia de política criminal, reprochándose que puede ser contraria al art. 25.2 CE cuando dispone que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, finalidad que como hemos visto no puede ser excluida de la prisión permanente porque su revisión, sustentada en la suspensión de la condena y en su remisión cuando proceda, se fundamenta precisamente en la reinserción y acatamiento de las normas de convivencia por el penado. Pero la posibilidad de que la pena sea efectivamente permanente o indefinida por no ser de aplicación las instituciones del tercer grado penitenciario, los permisos de salida o de suspensión de la pena y la remisión definitiva, hacen que pueda ser tachada de contraria a la Constitución española, lo que creemos no es acertado, cuando la interrupción de la pena que tratamos depende en todo caso de la voluntad del penado”⁴⁶⁰.

Pues bien, la reclusión a perpetuidad prevista en el art. 77.1 b) del ER se asemeja a la prisión permanente revisable española porque esta última representaría una pena de tiempo indefinido, sujeta a las pertinentes revisiones para que el reo de determinados delitos recupere la libertad. Muchas de las críticas que ha recibido la prisión permanente revisable podrían también aplicarse a la cadena perpetua prevista en el ER, ya que el reo solo podría recobrar la libertad si se demostrase su rehabilitación una vez

⁴⁵⁸ Vid. RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL: “Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad”, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2016 (consultada electrónicamente en fecha 12 de noviembre de 2018).

⁴⁵⁹ Vid. a este respecto los siguientes artículos: CÁMARA ARROYO, SERGIO: “Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española”, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2016. Vid. también la monografía de TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA: “La prisión permanente revisable”, ed. Aranzadi, 2015, consultada electrónicamente en fecha 13 de noviembre de 2018. Asimismo el artículo de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO: “La prisión permanente revisable protagoniza la reforma del Código Penal”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 903/2015, consultada electrónicamente en fecha 14 de noviembre de 2018.

⁴⁶⁰ Vid. MUÑOZ CUESTA, JAVIER: “La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 938/2018.

cumplimentados determinados plazos⁴⁶¹, habiendo accedido igualmente al tercer grado. Desde esta perspectiva, carece de sentido asumir con integridad el ER y la posibilidad en él contenida de imponer una reclusión a perpetuidad, y después hacer una crítica del ordenamiento jurídico español con la prisión permanente revisable.

⁴⁶¹ Los plazos son de al menos 25 años y de 28, 30 o 35 en algunos casos. Está reservada para “crímenes que causan especial repulsa social” o delitos de excepcional gravedad.

6.- Fase de apelación y revisión

I. Al objeto de satisfacer la doble instancia –algo que no estaba previsto ni en Núremberg ni en Tokio, pero sí en el caso de Yugoslavia y Ruanda, por entender que formaba parte del acervo del derecho consuetudinario y la necesidad de un proceso con todas las garantías⁴⁶²-, el ER ha previsto dos medios de impugnación de las sentencias: el recurso de apelación y el recurso de revisión, ambos regulados en la parte VIII del ER. Se reconoce la legitimación activa tanto al Fiscal como al condenado para interponerlo, y van dirigidos contra las siguientes resoluciones judiciales: fallos relativos a la pena (art. 81 ER), fallos condenatorios o absolutorios (art. 81 ER, igualmente), y decisiones referentes a reparaciones, cuando las mismas sean desfavorables (regla 150 RPP). Salvo que la SPI determinase algo diferente, el condenado permanece privado de libertad mientras se falla la apelación (art. 81.3 ER)⁴⁶³.

II. Comenzando por el recurso de apelación (arts. 81 a 83 ER y reglas 150 a 157 RPP), puede señalarse que junto al Fiscal y al condenado, el ER reconoce legitimidad a sujetos que no han tenido la condición de parte, pero han intervenido en el procedimiento, como las víctimas respecto a las reparaciones (art. 82.4 ER), o Estados afectados por investigaciones en su territorio -por ejemplo las no consentidas (art. 82.2 ER)-. La Fiscalía podría, en consecuencia, interponer un recurso de apelación para impugnar una absolución si hubo errores o vicios en el procedimiento. De acuerdo con la regla 150 RPP, ha de interponerse en el plazo de 30 días, a contar desde el día siguiente a la fecha en la que al recurrente se le haya notificado el fallo, pena o decisión. Respecto a las decisiones llamadas *interlocutory appeals*⁴⁶⁴ -de orden distinto- la regla 154 prevé un plazo inferior: 5 días en caso de decisiones de competencia, admisibilidad o puesta en

⁴⁶² Sobre la novedad que constituyó la segunda instancia en relación al TPIY y el TPIR, vid. FLEMING, C. MARK: “Appellate Review in the International Criminal Tribunals”, publicado en Texas International Law Journal, vol. 37:111, págs. 111 a 153. Se centra en los casos de Dusko Tádíc y Jean-Bosco Barayagwiza.

⁴⁶³ Es factible que un condenado haya estado todo el juicio en libertad provisional. A este respecto, el art. 60.2 ER establece que: “*Quien sea objeto de una orden de detención podrá pedir la libertad provisional. Si la Sala de Cuestiones Preliminares está convencida de que se dan las condiciones enunciadas en el párrafo 1 del artículo 58, se mantendrá la detención. En caso contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares pondrá en libertad al detenido, con o sin condiciones*”.

⁴⁶⁴ Todas aquellas apelaciones que no requieren autorización de la CPI: decisiones relativas a la competencia o admisibilidad, o decisiones que autoricen denieguen la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento.

libertad provisional, o 2 días cuando se trate de actuaciones de oficio de la SCP. Las causas por las que se puede interponer el recurso de apelación –de acuerdo con el extenso art. 81 ER, pueden reconducirse a las siguientes:

- a) Vicio del procedimiento.
- b) Error de hecho o de derecho.
- c) Cualquier motivo que afecte a la justicia o regularidad del proceso o del fallo.
- d) Desproporción entre el crimen y la condena.

De este elenco tasado de motivos, llama la atención el consistente en: “*cualquier motivo que afecte a la justicia o regularidad del proceso del fallo*”. En muchas jurisdicciones nacionales, la apelación equivale a una revisión exhaustiva del juicio, y de alguna forma se asemeja a un nuevo juicio. La Comisión de Derecho Internacional ha determinado en este sentido que “la sala de apelaciones combina algunas de las funciones de apelación propias de los sistemas de derecho civil con algunas de las funciones de la casación. Esto se consideró deseable, teniendo en cuenta la existencia de un único recurso de apelación de las decisiones en el juicio. No todos los errores en el juicio deben conducir a la nulidad o anulabilidad: el error tuvo que ser un elemento importante en la decisión tomada”⁴⁶⁵.

De acuerdo con lo señalado hasta ahora, puede conceptuarse el recurso de apelación –en el marco de la teoría general de los recursos-, como un recurso devolutivo y extraordinario. Devolutivo por no ser la SPI (tribunal *a quo*) quien resuelve sobre la pretensión, sino la SA (tribunal *ad quem*)⁴⁶⁶. Extraordinario, por recogerse un elenco de causas tasadas para poder interponerlo. Guarda cierta semejanza con el recurso de apelación previsto en el ordenamiento jurídico español⁴⁶⁷, en el sentido de que, además de las resoluciones interlocutorias, es el instrumento procesal por excelencia para impugnar las sentencias que deciden sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, interpuesto por una parte perjudicada por la resolución judicial. A lo anterior hay que

⁴⁶⁵ International Law Commission, 1994 Final Report, pág. 61, disponible en: <http://legal.un.org/ilc/sessions/46/docs.shtml> consultado en fecha 28 de diciembre de 2017. Vid. también SCHABAS, WILLIAM A., op. cit., pág. 934.

⁴⁶⁶ En lo tocante al recurso de apelación, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Ed. Aranzadi, 2014. Sobre el recurso de casación, vid. SANZ MORÁN, ANGEL JOSÉ: “Primeros frutos de la nueva casación penal”, en Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 48/2017, consultado electrónicamente en fecha 14 de noviembre de 2018.

⁴⁶⁷ Vid. artículos 216 y siguientes de la LECrim.

añadir que la facultad de interposición de recurso se ha convertido en un derecho, ya que tanto el art. 14.5 del PIDCP como el art. 2.1 del protocolo 7 del CEDH, hacen alusión al derecho de todo culpable a que un “Tribunal superior” examine el fallo condenatorio. En relación a estas semejanzas que se apuntan, EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, tras la reforma de la LECrim operada en España por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales⁴⁶⁸, ha destacado que tres son las causas que limitan la revisión en el recurso de apelación: “la primera, implica desacreditar la razonabilidad de la motivación, la segunda supone censurar una decisión que se aparte de la lógica conforme a cómo suceden normalmente las cosas –máximas de la experiencia-, y la tercera tiene que ver con el incumplimiento de la obligación judicial de evaluar todo el material probatorio que configuran las pruebas válidas de un caso (el llamado acervo probatorio)”⁴⁶⁹.

Distinto ha sido el devenir del recurso de apelación en la tradición jurídica anglosajona, figura relativamente reciente, al menos en el ámbito penal (no así en el ámbito civil). En Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, la posibilidad de que los condenados pudiesen recurrir las sentencias es una posibilidad que arraigó a comienzos de siglo XX. Concretamente, en el caso de Inglaterra, fue la denominada *Criminal Appeal Act* de 1907, la que estableció un tribunal al efecto, con las prerrogativas que conocemos hoy en día en lo concerniente a la corrección de errores de hecho y de derecho⁴⁷⁰. En Estados Unidos, al igual que sucedía en Inglaterra, existía un derecho de apelación en el proceso civil anterior al del proceso penal. Es más, la apelación civil recogida en la *Judiciary Act* de 1789, etiológicamente, buscaba excluir la apelación de

⁴⁶⁸ Sobre este particular vid. GIMENO BEVIÁ, JORDI: “Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 40/2015, consultada electrónicamente en fecha 14 de noviembre de 2018. Vid. también MILANS DEL BOSCH, SANTIAGO: “La segunda instancia penal generalizada tras la reforma de la LECrim”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 913/2015, consultada electrónicamente en fecha 13 de noviembre de 2018.

⁴⁶⁹ Vid. DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO: “La nueva regulación de los recursos de apelación y casación penales”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2016, consultada electrónicamente en fecha 15 de noviembre de 2018.

⁴⁷⁰ Sobre el análisis histórico de este recurso en el ámbito anglosajón, vid. MARSHALL, PETER D.: “A Comparative Analysis of the right to appeal”, Duke Journal of Comparative & International Law”, vol. 22:1, consultado en https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&e&src=s&source=web&cd=5&ved=0ahUKEwinoc3vmsvbAhVCVRQKHakSC_4QFghQMAQ&url=http%3A%2F%2Fscholarship.law.duke.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1014%26context%3Ddjci&usq=AOvVaw2fLumBq4gnztfxuUp8Gd7j&httpsredir=1&article=1014&context=djci, en fecha 11 de junio de 2018.

las causas penales. No fue sino hasta 1889 cuando el Congreso propició que los acusados pudiesen ejercer la apelación directa ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁴⁷¹.

Así las cosas, la apelación supone abrir una segunda instancia en la que la SA puede volver a decidir sobre la cuestión ventilada ante la SPI, sin originar un nuevo proceso pero pudiendo decidir de manera distinta a como lo hizo ésta.

Esta facultad de cambiar el sentido de la defensa impugnada queda plasmado en el art. 81.1 ER, donde se enumeran cuatro motivos por los que el condenado puede apelar, y tres a través de los cuales la Fiscalía puede actuar de igual modo. A tenor de dicho apartado, puede afirmarse que los errores de hecho comprenden tanto a aquellos que llevan a la SPI a conclusiones incongruentes a la hora de valorar la prueba, como la apreciación de nuevos elementos de prueba que, sin entrar en el elemento objetivo del recurso de revisión, arrojen dudas sobre el razonamiento jurídico que se pretende impugnar. Los errores de derecho pueden referirse al ámbito sustantivo o procesal de las decisiones de la SPI.

El escrito de apelación se dirige al Secretario, quien transmite el expediente a la SA. Según el art. 39.1 ER, la SA ha de estar compuesta por el Presidente de la CPI y cuatro magistrados. La sentencia dictada en apelación podrá, según proceda, confirmar, dejar sin efecto o modificar la decisión apelada (regla 158 RPP). Consiguientemente la SA puede: confirmar, revocar o enmendar tanto el fallo como la pena; decretar la celebración de un nuevo juicio sustanciado ante otra SPI cuando se trate de apelaciones basadas en vicios de procedimiento o errores de hecho o de derecho (art. 83.2 ER); y modificar la pena impuesta si considera que hay una desproporción entre el crimen y la pena (art. 83.3 ER).

El pasado 8 de junio de 2018⁴⁷², la SA decidió por mayoría⁴⁷³ revocar la sentencia condenatoria impuesta a 18 años de cárcel, absolviendo a JEAN PIERRE BEMBA de

⁴⁷¹ Vid. CROWE, JUSTIN: “Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development”, ed. Princeton University Press, 2012. Sobre este recorrido histórico vid. también WYTHE, HOLT: “To establish justice: Politics, the Judiciary Act of 1789, and the Invention of the Federal Courts”, en *Duke Law Journal*, 1989, págs. 1421 a 1531.

⁴⁷² Vid. la lectura en audiencia pública que hizo la Presidenta de la SA (la juez Christine Van den Wyngaert), disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1390>, consultado en fecha 12 de junio de 2018.

⁴⁷³ Voto particular en contra del Juez Sanji Mmasenono y Piotr Hofmánski, frente a tres favorables. El voto particular en contra está disponible en https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_02987.PDF, consultado en fecha 12 de junio de 2018.

los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, si bien este permanece detenido por estar conociéndose la posible comisión de un delito contra la Administración de Justicia (desacato) en la SPI (VII). Así, la sentencia de la SA anula la decisión de la SPI de 21 de marzo de 2016, que razonaba que Bemba ejercía como jefe de una estructura militar con control efectivo sobre los miembros del Movimiento de Liberación del Congo (MLC), siendo criminalmente responsable con arreglo a lo dispuesto en el art. 28 a) ER, de la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos por miembros del MLC en la República Centroafricana, entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2006. En la sentencia se ha puesto de relieve que la SPI (III) se ha equivocado en dos cuestiones importantes. La primera, por condenar a Bemba por actos delictivos específicos que quedaron fuera del alcance de los cargos confirmados, “sin que se le pueda responsabilizar desde el punto de vista penal de las atrocidades”. La segunda, por los errores cometido por la SPI al examinar si Bemba tomó las medidas razonables y necesarias para prevenir, reprimir o sancionar la comisión por parte de sus subordinados de los crímenes de guerra y lesa humanidad. De manera particular, la SA ha entendido que la SPI cometió un error al valorar las motivaciones y posibilidades de Bemba –y sus limitaciones reales- a la hora de enviar tropas al extranjero, discrepando así que en cuanto a la imputación de responsabilidad criminal prevista en el art. 28 ER⁴⁷⁴.

III. A su vez, el recurso de revisión regulado en el art. 84 ER y reglas 159-161 RPP, también es competencia de la SA, pero por causas distintas al de apelación. Las causas son las siguientes:

a) el descubrimiento de nuevas pruebas que, no hallándose disponibles en la época del juicio por motivos no imputables total o parcialmente a la prueba recurrente, sean de suficiente entidad para que, de haberse valorado en el juicio, probablemente hubieran dado lugar a otro veredicto.

⁴⁷⁴ Vid. los puntos más importantes de la sentencia en <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180608-bemba-judgment-summary.pdf>, consultado en fecha 12 de junio de 2018.

b) Que se acabe de descubrir que un elemento de prueba decisivo, apreciado en el juicio y del cual dependió la condena, era falso o habría sido objeto de adulteración o falsificación.

c) Que uno o más de los magistrados que intervinieron en el fallo condenatorio o en la confirmación de los cargos hubiesen incurrido, en esa causa, en una falta grave o incumplimiento grave de magnitud suficiente para justificar su separación del cargo de conformidad con el art. 46 ER.

En consecuencia, no se atacan las conclusiones de la SPI, sino que busca la anulación o revisión del fallo tomando como punto de partida la aparición de nuevos hechos que no fueron tenidos en cuenta, o que fueron erróneamente valorados.

Están legitimados para interponer el recurso de revisión el condenado o, después de su fallecimiento, su cónyuge o hijos, sus padres o quien, estando vivo al momento de su muerte, tenga instrucciones escritas del mismo para hacerlo (una suerte de acción de rehabilitación de memoria del difunto), o el Fiscal. En caso de dictar sentencia estimatoria, la SA puede, según corresponda:

a) Convocar nuevamente la SPI original (art. 85.2 a) ER).

b) Constituir una nueva SPI (art. 85.2 b) ER).

c) Mantener su competencia respecto del asunto, para, tras oír a las partes en la manera establecida en las RPP, determinar si ha de revisarse la sentencia (art. 85.2 c) ER y regla 161.3 RPP).

Haciendo un paralelismo con los arts. 954 y siguientes de la LECrim, puede señalarse que el recurso de revisión en el proceso ante la CPI es también, como ha destacado JULIO BANACLOCHE PALAO aludiendo al previsto en el ordenamiento jurídico español, una acción constitutiva procesal por la que se solicita la anulación de una sentencia firme condenatoria como consecuencia de la concurrencia de

determinadas circunstancias legalmente determinadas⁴⁷⁵. El fundamento residiría, pues, en el valor de la justicia, y tendría por finalidad anular una sentencia dictada como consecuencia de un error, desconocido en el momento en que se decidió el asunto⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Sobre el recurso de revisión penal, vid. SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JAVIER: "El recurso de revisión", publicación de "Práctica de los Procesos Jurisdiccionales", Procesal Penal, tomo II, ed. Civitas, 2011.

⁴⁷⁶ Vid. BANACLOCHE PALAO, JULIO, op. cit. págs. 350 a 354.

7.- Especial mención a la prisión provisional

I. Al igual que sucede en las jurisdicciones nacionales, la prisión provisional que se desarrolla en el ámbito de la CPI, está sometida a criterios de necesidad y proporcionalidad, así como al cumplimiento de ciertos requisitos. De acuerdo con lo ya examinado hasta ahora, puede indicarse que la prisión provisional tiene encaje en cualquier momento después de haberse investigado la situación en concreto -según establece el art. 58 ER-, cuyo apartado primero se expresa en los siguientes términos: *“En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que:*

a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y

b) La detención parece necesaria para:

i) Asegurar que la persona comparezca en juicio;

ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o

iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias”.

De la dicción del artículo reseñado es oportuno destacar que, para que la prisión provisional pueda tener lugar, primero se ha de decretar una solicitud de detención provisional. Los presupuestos que fundamentan esta solicitud –que son los que fundamentan en consecuencia la prisión provisional-, se refieren al *fumus boni iuris*, el aseguramiento en juicio de la persona investigada (todavía no puede hablarse de imputado), la no obstrucción de la labor de la Fiscalía o resto de órganos de la CPI y, eventualmente, evitar que se siga cometiendo ese crimen u otro conexo. Fuera de estas razones, procedería una orden de comparecencia, lo que conllevaría la aplicación de una serie de medidas –con o sin condiciones limitativas de libertad y distintas de la detención-tendientes a asegurar la comparecencia, de acuerdo con las normas propias del

derecho interno⁴⁷⁷. A diferencia del art. 502.2 de la LECrim, que establece que la prisión provisional solo se adopta cuando es objetivamente necesaria y no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad, el ER –dada la naturaleza de los crímenes en cuestión-, es más proclive a su adopción, a tenor de la redacción del art. 58⁴⁷⁸.

Vemos, pues, que los presupuestos para adoptar esta medida cautelar son semejantes a los previstos en el párrafo 3º del art. 503.1 de la LECrim. No se exige, en cambio, como presupuesto de adopción de la prisión provisional, que conste la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien una pena privativa de libertad inferior si el investigado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de una condena por delito doloso (art. 503.1 1º de la LECrim). Eso es así porque los delitos competencia de la CPI recogidos en el art. 5 ER⁴⁷⁹ se reputan tan graves, y se desarrollan normalmente en coordenadas de violencia tan extrema, que ni el ER, ni las RPP establecen límite alguno para decretar la medida cautelar. Así pues, los requisitos para su adopción vienen representados por el aseguramiento de la comparecencia en juicio, aseguramiento de que la persona en cuestión no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la CPI (por ejemplo alterando o destruyendo fuentes de prueba relevantes), así como impedir que siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo dentro del ámbito competencial del art. 5 ER, siempre y cuando tenga origen en las mismas circunstancias.

II. En lo tocante al procedimiento de detención en el Estado en que esta se realice, en el caso particular de España, hemos de poner en correlación el art. 59 ER con la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Esto es importante porque, teniendo en cuenta que CPI carece de recursos propios en lo que a funciones policiales y centros penitenciarios para el cumplimiento de las condenas atañe (por citar dos ejemplos), su eficacia descansa en la cooperación con los Estados

⁴⁷⁷ Vid. art. 58.7 ER.

⁴⁷⁸ Vid. el estudio sobre la prisión provisional de NAVARRO MASSIP, JORGE: “La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines”, en revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2013, consultado electrónicamente en fecha 15 de noviembre de 2018.

⁴⁷⁹ A saber, el crimen de genocidio crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

Parte⁴⁸⁰, algo que por otra parte contribuye a materializar el principio de complementariedad que inspira la actuación de la CPI.

Así pues, para que la SCP pueda ordenar la detención de un investigado (todavía no podemos hablar de procesado), es necesaria una solicitud de la Fiscalía en la que se consigne el nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para su identificación, una referencia expresa al crimen de la competencia de la CPI que presuntamente haya cometido, una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes, un resumen de las pruebas y cualquier otra información que constituya motivo razonable para creer que la persona cometió esos crímenes, y la razón por la cual el Fiscal estima necesaria la detención⁴⁸¹. A su vez, la orden de detención de la SCP debe consignar igualmente el nombre de la persona y cualquier otro dato que sirva para la identificación, una referencia expresa al crimen de la competencia de la CPI por la que se pide su detención, y una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes⁴⁸².

Una vez emitida la orden de detención por la SCP, el Estado Parte receptor de la misma toma las medidas oportunas para detener a la persona en cuestión⁴⁸³, y llevarlo sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención⁴⁸⁴. La autoridad judicial examina si, conforme al derecho interno del Estado, la orden es aplicable, la detención se ha llevado a cabo conforme a derecho y se han respetado los derechos del detenido⁴⁸⁵. De acuerdo con el art. 59.3 ER, el detenido tiene derecho a solicitar a la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega. Sobre este extremo, aunque la autoridad judicial no puede examinar si la orden de detención ha sido dictada conforme a derecho con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del art. 58 ER, sí puede examinar si, dada la gravedad de los presuntos crímenes hay circunstancias urgentes y excepcionales que justifiquen la libertad provisional⁴⁸⁶. En ese caso, la solicitud de libertad provisional sería notificada a la SCP, que haría recomendaciones a la autoridad competente del Estado de detención, y estas

⁴⁸⁰ Regulada en la Parte IX del ER.

⁴⁸¹ Vid. art. 58.2 ER.

⁴⁸² Vid. art. 58.3 ER.

⁴⁸³ Vid. art. 59.1 ER.

⁴⁸⁴ Las reglas 117, 118, 121, 123 RPP regulan con detalles estos aspectos.

⁴⁸⁵ Vid. art. 59.2 ER.

⁴⁸⁶ Vid. art. 59.4 ER.

habrían de ser tenidas en cuenta, debiendo asimismo informar periódicamente a la SCP sobre esa situación, de acuerdo con los apartados 5 y 6 del art. 59 ER.

No obstante, lo normal es que el Estado de detención, después del examen de la autoridad judicial, ordene la entrega y puesta a disposición del detenido tan pronto como sea posible⁴⁸⁷. Con la entrega del detenido a la CPI, comienzan las primeras diligencias ante la CPI y la confirmación de los cargos que daría paso a la fase del juicio oral. Aunque después de la entrega a la CPI la persona objeto de detención puede pedir la libertad provisional de acuerdo con el art. 60.2 ER, es muy factible que permanezca en prisión provisional mientras se sustancia el juicio.

Por otra parte, como es cada Estado Parte quien se asegura de que existen procedimientos en la esfera de su derecho interno, para garantizar las distintas formas de cooperación con la CPI⁴⁸⁸, según hemos indicado, en España se promulgó la citada Ley Orgánica 18/2003. De todos los pasos explicados en el párrafo precedente, conviene poner en correlación los arts. 58 y 59 ER con el art. 11 de la Ley Orgánica 18/2003. Este artículo establece la obligación de comunicar –por parte de la autoridad que practicare la detención- al Ministerio de Justicia y al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, debiendo poner a disposición de este último al detenido, en el plazo máximo de setenta y dos horas. Consecuentemente, se designa al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional como autoridad judicial competente para efectuar los pasos relativos a la verificación de identidad del detenido, del contenido de la orden de detención y la circunstancias previstas en el art. 59.2 ER, así como del deber de informar al detenido del contenido de la orden y su derecho a solicitar la libertad provisional, todo ello dentro del plazo de setenta y dos horas⁴⁸⁹.

Concluida la vista, de acuerdo con el art. 15.3 del texto legal citado, el Juzgado Central de Instrucción resolverá sobre la petición de entrega, por medio de auto, en el plazo de tres días. Si en el citado auto se denegare la entrega, podrá mantenerse la situación de prisión provisional hasta la firmeza de dicha resolución. En cambio, si la resolución fuese estimatoria, una vez firme, se notificará de inmediato al Ministerio de Justicia y por éste se dará traslado seguidamente a la CPI, solicitando indicaciones para la realización del traslado, que una vez recibidas se comunicarán al Juzgado Central de

⁴⁸⁷ Vid. art. 59.7 ER.

⁴⁸⁸ Vid. art. 88 ER.

⁴⁸⁹ Vid. art. 11.2 de la Ley Orgánica 18/2003.

Instrucción y al Ministerio del Interior. Si la resolución fuere denegatoria de la entrega, una vez firme, se pondrá urgentemente en libertad a la persona detenida y se comunicará al Ministerio de Justicia, que a su vez lo hará a la Corte⁴⁹⁰.

III. Con la puesta a disposición de la CPI del investigado, tiene lugar su internamiento en el Centro de Detención de la CPI que se encuentra en Scheveningen (Países Bajos). Ese es el lugar de cumplimiento de la prisión provisional hasta que recaiga, en su caso, sentencia condenatoria. Curiosamente, este centro también ha sido utilizado para los detenidos relativos al TPIY, llegando a compartir los sospechosos algunas estancias (como el gimnasio). El hecho de compartir espacios no implica relacionarse, pues está prohibido que los sospechosos se comuniquen entre sí. Una vez recaiga sentencia condenatoria, los condenados no vuelven al Centro de Detención, sino que cumplen sus condenas en los distintos Estados Parte.

El Centro de Detención de Scheveningen tiene regulado su funcionamiento en el capítulo sexto del Reglamento de la Corte. Esta regulación alcanza, como no podía ser de otra manera, no solo la administración del Centro de Detención, sino el tratamiento de los detenidos. Así, podemos destacar el tratamiento humano que recibirán los detenidos (norma 91), la confidencialidad del expediente de detención —que se pondrá a disposición del detenido y sus abogados— (norma 92), las comunicaciones con los abogados defensores (norma 97), la asistencia diplomática y consular (norma 98), el derecho a participar en un programa de trabajo, mantener en su posesión prendas de vestir y efectos personales autorizados, recibir correspondencia y paquetes o mantener el contacto con la familia (norma 99), o la facultad de recibir visitas (norma 100). Existe, por otra parte, la posibilidad de que, a solicitud del Fiscal, se restrinja su acceso a noticias si se considera necesario en interés de la administración de justicia, o a determinados contactos —a excepción del abogado—, si hay motivos fundados para creer que dicho contacto tiene pensado organizar una evasión, pudiera ser perjudicial para el desarrollo de la investigación, dañino para otra persona, pudiese ser usado por el detenido para violar una orden de confidencialidad ordenada por un magistrado,

⁴⁹⁰ Vid. apartados 4, 5 y 6 del art. 11 de la Ley Orgánica 18/2003. Vid. a este respecto DÍAZ PITA, MARÍA PAULA: “Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 9, junio 2005, consultada electrónicamente el 16 de noviembre de 2018.

contraviniese los intereses de la seguridad pública, o constituyese una amenaza para la protección de los derechos y la libertad de cualquier persona (norma 101). Obviamente, se garantiza el bienestar material y espiritual del detenido (normas 102 y 103). Al igual que en los derechos internos, el tiempo transcurrido en el Centro de Detención, sirve de abono para el tiempo de reclusión que se determine en el fallo condenatorio (art. 78.2 ER).

IV. Cabe ahora exponer algunos casos prácticos en los que se ejemplifique la aplicación de esta medida cautelar. Desde que el Centro de Detención se puso en marcha en el año 2006, 14 personas han visto restringida su libertad por la aplicación de esta medida cautelar⁴⁹¹.

El caso más paradigmático quizá sea el de Thomas Lubanga Dyilo, que fue condenado a 14 años de prisión el 10 de julio de 2012⁴⁹² por la comisión de crímenes de guerra, ya que reclutó a menores de 15 años y los utilizó para participar activamente en las hostilidades. Fue el primero que ingresó en prisión provisional. En este caso, la Fiscalía solicitó la orden de detención el 13 de enero de 2006, y el 10 de febrero la SCP I emitió la misma. El 17 de marzo, las autoridades congoleñas entregaron a Thomas Lubanga –que estaba detenido en un centro de penitenciario de Kinshasa-, y transferido al Centro de Detención de La Haya. En la liquidación de la condena, hubo de restar el tiempo que permaneció en dicho centro de detención –según hemos comentado-, encontrándose desde el pasado 19 de diciembre de 2015, cumpliendo la condena restante en una prisión de la República Democrática del Congo.

En el extremo contrario, pueden darse situaciones de personas sobre las que pesa una orden de detención, y, salvo imprevistos (cuestión que algunos han utilizado como argumento para mostrar la falta de efectividad de la CPI), no entrarán en prisión provisional. Es el caso de Omar al Bashir, presidente de Sudán desde el año 2003⁴⁹³, en relación al cual la Fiscalía solicitó el 14 de julio de 2008 la orden de detención, emitiéndose por la SCP I el 4 de marzo de 2009, por la presunta comisión de crímenes

⁴⁹¹ Los nombres de los que han ingresado en prisión provisional son los siguientes: Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Jean Pierre Bemba, Callixte Mbarushimana, Laurent Gbagbo, Bosco Ntaganda, Aimé Kilolo Musamba, Fidele Wandu, Jean Jaques Kabongo, Narcisse Arido, Charles Blé Goudé, Dominic Ongwen, Ahmad al-Faqui al-Mahdi.

⁴⁹² Aunque la sentencia fue objeto de un recurso de apelación, la SA confirmó la misma en fecha 1 de diciembre de 2014.

⁴⁹³ Es el primer Jefe de Estado en relación al cual se dicta una orden de detención.

de lesa humanidad. El 12 de octubre de 2010, emitió una segunda orden de detención por la presunta comisión del crimen de genocidio. Si bien la República de Sudán no es un Estado Parte del Estatuto de Roma, la orden de detención ha de enmarcarse en la Resolución 1593 de 31 de marzo de 2005 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que ha decidido remitir la situación de Darfur a la CPI para su enjuiciamiento⁴⁹⁴. Tanto la Liga Árabe como la Unión Africana han condenado las órdenes de detención; incluso ha podido visitar desde entonces China, Nigeria, Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, Egipto, Etiopía, Kenia, Qatar y Sudáfrica. También ha realizado una visita de Estado a Chad –Estado Parte del Estatuto de Roma-, que ha hecho caso omiso a la orden de detención.

A continuación hacemos un resumen de todos los que han ingresado provisionalmente en prisión:

Nombre	Inicio	Fin	Situación procesal
Thomas Lubanga Dyilo	16 de marzo de 2006	19 de diciembre de 2015	Condenado a 14 años de prisión
Germain Katanga	18 de septiembre de 2007	23 de mayo de 2014	Condenado a 12 años de prisión
Mathieu Ngudjolo	7 de febrero de 2007	21 de diciembre de 2012	Absuelto el 12 de diciembre de 2012
Jean Pierre Bemba	3 de julio de 2008	21 de junio de 2016	Condenado a 18 años de prisión
Callixte Mbarushimana	25 de enero de 2011	23 de diciembre de 2011	Cargos retirados

⁴⁹⁴ De acuerdo con el art. 13 ER, la CPI puede ejercer su competencia si un Estado Parte remite al Fiscal una situación en la que parezca haberse cometido alguno de los crímenes del art. 5, cuando la situación es remitida por el Consejo de Seguridad a la Fiscalía por las competencias atribuidas por el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, o cuando es el propio Fiscal quien inicia una investigación motu proprio.

Laurent Gbagbo	30 de noviembre de 2011	-	Fase de juicio. SPI I
Bosco Ntaganda	22 de marzo de 2013	-	Fase de juicio. SPI IV
Aimé Kilolo Musamba	25 de noviembre de 2013	21 de octubre de 2014	SCP II. Fase de investigación
Fidele Wandu	25 de noviembre de 2013	21 de octubre de 2014	SCP II. Fase de investigación
Jean J. Kabongo	4 de diciembre de 2013	21 de octubre de 2014	SCP II. Fase de investigación
Narcisse Arido	18 de marzo de 2014	21 de octubre de 2014	SCP II. Fase de investigación
Charles Blé Goudé	22 de marzo de 2014	-	Fase de juicio. SPI I
Dominic Ongwen	21 de enero de 2015	-	Fase de juicio. SPI IX
Ahmad Al-Faqui	26 de septiembre de 2015	27 de septiembre de 2016	Condenado a 9 años de prisión

V. De todo cuanto ha sido reseñado, puede finalizarse este apartado con una doble consideración. La primera es que los presupuestos de ingreso en prisión provisional son –en líneas generales- los mismos que los establecidos en el ordenamiento jurídico español, esto es, el aseguramiento en juicio de la persona investigada, la no obstrucción de la labor de la Fiscalía o resto de órganos de la CPI, y el hecho de evitar que se siga

cometiendo ese crimen u otro conexo. La segunda, y aquí radica la principal diferencia, es que no es necesario en el ámbito de la CPI que los hechos que presenten caracteres de delito tengan aparejada una pena por tiempo determinado. En el caso del derecho interno español, una cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso según establece el art. 503.1 1º de la LECrim. Esto es así porque los delitos previstos en el art. 5 ER se reputan tan graves y tan lesivos para la Comunidad Internacional en su conjunto, que no es razonable aparejarlos a determinados umbrales de penas eventuales. Tampoco existe un tiempo máximo de permanencia en prisión provisional.

8.- Valoración crítica

De esta semblanza del proceso y de las fases en las que se divide, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1) Existe una preeminencia del principio de oportunidad en el proceso penal internacional en detrimento del principio de legalidad.

Ha sido constatado que en el proceso que se sustancia ante la CPI, el principio de oportunidad alcanza, en el campo del Derecho Penal, mayor preeminencia que en la mayoría de los ámbitos jurídicos nacionales. Esto adquiere mayor relevancia en el punto de partida del proceso en sentido amplio.

Los sectores doctrinales examinados apuntan al nuevo reajuste de ambos en el marco del ER, ante la necesidad de cumplir el objetivo superior de evitar la impunidad: por un lado, la presencia del sospechoso en territorio nacional de un Estado parte o nacional del mismo, en donde existe la obligación fundamental de la persecución penal; y por otro, la ausencia de conexión alguna con el territorio nacional, donde sería posible la abstención de una persecución penal –con tal de evitar la impunidad-, cuando la persecución fuese asumida por la CPI u otro Estado⁴⁹⁵.

Con lo ejemplos concretos de Irak y Colombia, hemos considerado las facultades particulares de la Fiscalía, una vez que las responsabilidades del delito van a ser examinadas. En el caso del proceso penal internacional ante la CPI, el margen de aplicación del principio de oportunidad es sumamente amplio. Esta idea se plasma en un doble sentido: de un lado, la discrecionalidad de la Fiscalía en la fase preprocesal del examen preliminar y posterior investigación y enjuiciamiento que asociamos a la fase de instrucción; y de otro, las implicaciones directas del Consejo de Seguridad a la hora de solicitar que se suspenda una investigación o determinar qué es un crimen de agresión, con todas las connotaciones políticas que ello conlleva.

En este sentido, de la lectura completa del art. 53.1 ER se desprende que la Fiscalía, en aplicación de la ambigüedad del texto, lleva a cabo una política criminal, y en su actuación puede considerar que existe o no fundamento razonable para iniciar una investigación. Dos ejemplos que pueden traerse a colación en los que la Fiscalía decidió

⁴⁹⁵ Vid. AMBOS, KAI: “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 7-17, 2005, págs. 17:7 a 17:10, consultada en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf> en fecha 14 de diciembre de 2017.

no iniciar una investigación son los siguientes: uno, el caso de la decisión de 9 de febrero de 2006 de no investigar –acertadamente–, presuntos crímenes cometidos entre marzo y mayo de 2003 en Irak⁴⁹⁶; otro, cuando inició investigaciones preliminares de manera previa a la investigación de oficio, al objeto de dar una oportunidad y motivar a los Estados a que ejerzan ellos mismos su competencia preferente, atendiendo al principio de complementariedad, como sucedió en el caso de Colombia.

2) La gravedad no redundará en interés de la justicia.

En línea con lo destacado en la consideración anterior, es oportuno traer a colación el concepto de interés de la justicia exigido por el art. 53.1 c) ER, y su relación con el examen preliminar. Cuando se expuso *ut supra* el esquema analítico del examen preliminar, apuntábamos a las cuatro fases que integraban aquél: análisis de las comunicaciones, análisis de competencia, admisibilidad e interés de la justicia. De todos estos, es precisamente el interés de la justicia el que mayor margen de discrecionalidad puede albergar, porque, a diferencia de la gravedad de los crímenes analizada, no se encuentra anudado a números (criterio cuantitativo)⁴⁹⁷, sino a la ponderación. El interés de la justicia solo se considera cuando se han cumplido los requisitos de competencia y admisibilidad. En el documento de política general sobre exámenes preliminares (*policy paper*) se destaca que “interés de la justicia” “es una consideración compensatoria. La Fiscalía debe evaluar si, teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, de todos modos hay razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en el interés de la justicia”⁴⁹⁸.

Este documento distingue entre el ámbito propio de la seguridad internacional del ámbito del interés de la justicia⁴⁹⁹. En relación al primero, reconoce el papel específico del Consejo de Seguridad en todos aquellos asuntos que versen sobre la paz y seguridad internacionales tal y como reconoce el art. 16 ER. A fin de blindar la ponderación de

⁴⁹⁶ Este ejemplo merece una explicación que se aportará en la presente conclusión.

⁴⁹⁷ Vid. GOLDSTONE, JAMES A.: “More Candour about Criteria. The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court”, *Journal of international Criminal Justice*, 2010, vol. 8, núm. 2, págs. 383-406. Propone sustituir el concepto de interés de la justicia por el de interés de la sociedad.

⁴⁹⁸ Vid. Documento de política general sobre exámenes preliminares, publicación de la Fiscalía de noviembre de 2013, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-SPA.pdf, consultado en fecha 17 de diciembre de 2017, párr. 10.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, párr. 69.

este requisito de las influencias propias de los instrumentos de la gestión de conflictos, debe alejarse a la Fiscalía de la mediación o del intento de someter la justicia a la política. En esta línea, el Secretario General ha subrayado que los mediadores deben adaptarse al proceso jurídico, en lugar de que el proceso jurídico se adapte a las negociaciones políticas: “Tras el establecimiento de la Corte Penal Internacional, cabe a los mediadores explicar claramente a las partes sus obligaciones jurídicas internacionales. Las partes deben entender que, una vez que se establece la competencia de la Corte Penal Internacional en una situación determinada, la Corte, en su calidad de órgano judicial independiente, procederá a examinar el asunto de conformidad con las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma y el proceso de justicia seguirá su curso”,⁵⁰⁰.

No proceder a la apertura de una investigación por entender que no redundaría en interés de la justicia, es, a todas luces, algo excepcional⁵⁰¹. La forma en la que se realiza el juicio sobre el “interés de la justicia”, pasa por recoger las opiniones expresadas por las víctimas mismas así como por representantes de confianza y otros actores pertinentes, tales como dirigentes comunitarios, religiosos, políticos o tribales, y por los Estados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales⁵⁰².

Existe otro documento monográfico sobre la cuestión, que lleva por rúbrica precisamente “*Policy Paper on the Interests of Justice*”⁵⁰³. La excepcionalidad, la presunción en favor de la investigación y enjuiciamiento, son las notas dominantes. De ahí que la decisión de no investigar esté sujeta a la revisión de la SCP. Al tenerse en cuenta por primera vez en la historia del Derecho Penal Internacional y el Derecho Procesal que se desarrolla, los intereses de la víctima, cuestión que obliga a considerar que el interés primordial de la víctima es que se haga justicia. Ahora bien, entre esos intereses también se encuentra la necesidad de contemplar la seguridad, el bienestar físico y psicológico de la víctima y su dignidad y privacidad⁵⁰⁴. Al tratar de determinar los intereses de las víctimas, el documento manifiesta que el Fiscal entablará un diálogo con las propias víctimas y con los representantes de las comunidades locales. También

⁵⁰⁰ Vid. Informe del Secretario General, S/2009/189, 8 de abril de 2009, párr. 37.

⁵⁰¹ Vid. Documento de política general sobre exámenes preliminares, op. cit., párr. 71.

⁵⁰² *Ibidem*, párr. 68.

⁵⁰³ Vid. *Policy Paper on the Interests of Justice*, septiembre de 2007 (únicamente versión inglesa), disponible en la base de datos legal de la CPI en <https://www.legal-tools.org/doc/bb02e5/pdf/>, consultado en fecha 20 de diciembre de 2017.

⁵⁰⁴ Vid. *Policy Paper on the Interests of Justice*, consideración 5 b).

considera que debe recoger las opiniones de otros actores involucrados en la situación, lo cual es crucial para evaluar el impacto para los intereses de las víctimas de las investigaciones y procesamientos. Además, comprender los intereses de las víctimas puede requerir otras formas de diálogo además de discusiones directas con las propias víctimas⁵⁰⁵.

Por tanto, se observa que si bien el existe un campo discrecional por parte de la Fiscalía, este queda acotado por dos ejes: el despliegue de una actividad que justifique claramente la imposibilidad de llevar a cabo una investigación por producirse un mal mayor que el que se pretende atajar (difícilmente cabría imaginar el no enjuiciar dichos crímenes), y la confirmación de la SCP. Puesto que no existe práctica internacional relativa a la prioridad de la administración de justicia (por parte de un tribunal penal internacional que se percibe, precisamente, como algo ajeno al Estado) sobre un programa político de pacificación, cabe ser precavidos en este punto. Sin duda, la cuestión colombiana arrojará luz en el futuro.

3) La labor de supervisión de la SCP.

La función de control respecto a la labor de la Fiscalía en diversos aspectos procesales antes de la confirmación de los cargos, compete a la SCP. Este control, al inicio del proceso, es efectivo cuando el Fiscal inicia de oficio una investigación de acuerdo con el art. 15.3 ER, ya que autoriza la recolección de las denominadas pruebas de oportunidad única según el art. 18.6 ER, o incluso puede adoptarlas de oficio si fuesen esenciales para la defensa y no hubiesen sido solicitadas por la Fiscalía. Otro ejemplo de supervisión, esta vez ya en fase de instrucción, son las autorizaciones de la Fiscalía para adoptar medidas de investigación en el territorio de un Estado Parte sin haber tenido la cooperación de éste con arreglo a la Parte IX ER, siempre que la SCP hubiese determinado que dicho Estado, de manera manifiesta, no está en condiciones de cumplir una solicitud de cooperación debido a que no existe autoridad u órgano alguno de su sistema judicial competente para cumplir una solicitud de cooperación con arreglo a la Parte IX ER, de acuerdo con lo establecido en el art. 57.3 d) ER.

Sin embargo, aunque este control es en términos generales efectivo, en línea con lo destacado en las dos consideraciones previas, ha de señalarse la existencia de algunos

⁵⁰⁵ Ibídem.

vacíos. Por ejemplo, la SCP –previa petición del Estado en cuestión o del Consejo de Seguridad⁵⁰⁶–, puede examinar la decisión del Fiscal de no proceder a una investigación, y pedir al Fiscal que reconsidere su decisión. ¿Significa esto que la Fiscalía tiene discrecionalidad plena para no activar el mecanismo de investigación? De la dicción del texto se desprende una respuesta afirmativa, toda vez que el control judicial es efectivo cuando la Oficina del Fiscal ha tomado la resolución de investigar, de iniciar el mecanismo, pero no antes.

Como la Fiscalía ha de fundamentar las causas por las cuales decide no abrir una investigación, la SCP, sin que medie solicitud previa por parte del Consejo de Seguridad o de un Estado, esto es, de oficio, puede revisar la decisión si la única causa que se ha tenido en cuenta es el interés de la justicia⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Cfr. arts. 13 b), 14 y 53.3 a) ER.

⁵⁰⁷ Cfr. art. 53.3 b) ER.

CAPÍTULO IV.- LA VÍCTIMA EN EL PROCESO ANTE LA CPI

1. El desarrollo de la figura de la víctima en el plano del proceso penal internacional

1.1.- La creciente atención de la víctima por parte del sistema internacional

I. Debido a que el Estado ha constituido la referencia básica del Derecho Internacional, el estatuto de la víctima apenas ha sido considerado. Como suele decirse, es el Estado el que crea, interpreta y aplica en el Derecho Internacional las normas internacionales, de ahí que la finalidad de esas normas sea la protección de los intereses y de los objetivos generales del Estado⁵⁰⁸. Sirva de ejemplo que, durante siglos, el daño hecho a los individuos durante los conflictos podía ser, en el mejor de los casos, compensado por indemnizaciones de guerra otorgadas al gobierno del país de la víctima, según el principio que determina que es el Estado quien representa a sus nacionales⁵⁰⁹. Como ha puesto de relieve la jurista francesa LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra y sus Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977, ponen de manifiesto que el centro de atención está puesto sobre el crimen y su condena, pues los mismos “prevén la necesidad de sancionar desde el punto de vista penal a los responsables de los crímenes de guerra, pero en ningún momento solucionan la cuestión de la indemnización de las víctimas (...) o la posibilidad de intervenir en el juicio de los delincuentes”⁵¹⁰.

II. Después de la Segunda Guerra Mundial, como fenómeno opuesto al reseñado en el párrafo anterior, comienza a surgir un movimiento que realza la importancia del individuo y de sus derechos fundamentales, “humanizándose” el Derecho Internacional. Este proceso nos aproxima al concepto de víctima, y por eso resulta del todo conveniente hacer un recorrido a lo largo de esas etapas de humanización por parte del orden internacional contemporáneo en dos sectores del Derecho Internacional,

⁵⁰⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS: “Las víctimas y el Derecho Internacional”, en Anuario Español de Derecho Internacional, vol. XXV (2009) págs. 3 a 66.

⁵⁰⁹ Piénsese por ejemplo en las medidas adoptadas en 1949 por la República Federal Alemana para pagar indemnizaciones individuales a extranjeros víctimas de la barbarie nazi.

⁵¹⁰ Vid. BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE: “Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional”, Revista Jurídica 12 (2005), Universidad Autónoma de Madrid, págs. 9-32.

concretamente el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como manifestación específica de este proceso, la doctrina suele destacar el reconocimiento de la legitimación activa y pasiva de la persona física entre órganos internacionales, tengan o no el carácter jurisdiccional⁵¹¹.

Sin embargo, en este punto, debemos distinguir el ámbito propio del Derecho Internacional Humanitario del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues siendo ambos complementarios e integrantes de un mismo sistema de protección de las personas, cada uno se aplica en situaciones distintas y regula supuestos que el otro no contempla. Esta distinción permitirá explicar cómo este proceso de humanización del que venimos hablando se ha visto descompensado.

De esta manera, el Derecho Internacional Humanitario despliega su eficacia en situaciones de conflicto armado –internacional o no internacional-, y su objeto principal es proteger a las víctimas (y determinados bienes), procurando disminuir los sufrimientos ocasionados por el conflicto mediante la limitación del derecho de las partes beligerantes a elegir los métodos y medios para hacer la guerra. La distinción entre combatiente y no combatiente, el respeto a las personas protegidas, la manera de conducir las hostilidades o el trato debido a los prisioneros son algunos de los principales ejemplos que el Derecho Internacional Humanitario tiene como objeto de estudio y protección. Los principales tratados del Derecho Internacional Humanitario son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977 para los casos de conflicto armado internacional, así como el art. 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II, para aquellos supuestos de conflicto armado no internacional. Se trata, en esencia, de un derecho de excepción reservado a situaciones de conflicto armado⁵¹², cuyo origen hunde sus raíces en las relaciones entre Estados en la segunda mitad del siglo XIX, como respuesta de la comunidad internacional a los horrores de las guerras. En este sentido, una característica importante del Derecho Internacional Humanitario es que se ha desarrollado como un movimiento no politizado, alejado de las corrientes de pensamiento político. A modo de resumen, CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, ha destacado que “a diferencia del

⁵¹¹ Así ha sido destacado, entre otros, por CARRILO SALCEDO, JUAN ANTONIO: “La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, publicación del CGPJ, 2000, pág. 459.

⁵¹² Vid. a este respecto el interesante artículo de VINUESA, RAÚL EMILIO: “Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad”, de fecha 26 de junio de 1998, publicado en la Revista del CICR. Consultado en fecha 3 de mayo de 2017 y disponible en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8.htm>

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los sectores del Derecho Internacional Penal y del Derecho Internacional Humanitario las víctimas pueden adquirir esta condición como consecuencia de actos cometidos por individuos con ocasión del ejercicio de funciones públicas, así como por actores no estatales. En ambos casos, y en ambos sectores, la perspectiva que se tiene en cuenta desde el Derecho Internacional es la de responsabilidad internacional del individuo autor del hecho ilícito. Esto es, quién es la persona o el individuo responsable del acto ilícito. En consecuencia, las víctimas no son tenidas en cuenta o, cuando lo son, es con carácter excepcional”⁵¹³.

Por el contrario, como ha apreciado RAÚL EMILIO VINUESA, “los derechos humanos se gestaron en el orden interno de los Estados. Aparecen hoy en día reconocidos en los sistemas jurídicos nacionales, incluso con rango constitucional. Los derechos humanos continúan siendo materia regida e implementada primordialmente por cada Estado. A partir de la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional experimentó la necesidad de controlar en el ámbito internacional a aquellos que en principio debían garantizar la efectiva aplicación de los derechos humanos dentro de sus propias jurisdicciones. En reiteradas ocasiones fue el propio Estado quien, debiendo garantizar y proteger los derechos y garantías de los individuos reconocidos en su jurisdicción doméstica, terminaba siendo el violador sistemático de esos derechos. La internacionalización de la regulación interna de los derechos humanos determinó un quiebro al principio de la no intervención en los asuntos de exclusiva jurisdicción doméstica (...). La evolución de los derechos humanos tanto en el ámbito interno como internacional estuvo y está relacionado a posiciones político-filosóficas que han dado lugar al desarrollo de ideologías contrapuestas en cuanto al verdadero contenido y alcance de los derechos sujetos a una debida protección estatal y a un adecuado control internacional”⁵¹⁴.

Además de tener un origen distinto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos difiere en cuanto al objeto, pues constituye el conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, en que se estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar

⁵¹³ Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, *op. cit.* pág. 5.

⁵¹⁴ Vid. VINUESA, RAÚL EMILIO, *op. cit.*

o exigir de los gobiernos⁵¹⁵. Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas por su condición de seres humanos. Las principales fuentes convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), las Convenciones relativas al Genocidio (1948), la Discriminación Racial (1965), la Discriminación contra la Mujer (1979), la Tortura (1984) y los Derechos del Niño (1989). En el ámbito regional, los más importantes son el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

Expuesto lo anterior, hay que reflexionar acerca del lugar donde hemos de ubicar el ER y su tratamiento de la víctima. En el ER, al igual que ocurre con la Convención sobre Derechos del Niño, confluyen aspectos de ambos derechos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque principalmente del primero. Si decíamos que el Derecho Internacional Humanitario se aplicaba en tiempos de conflicto armado por todas las partes, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone obligaciones a los gobiernos en sus relaciones con los individuos (principalmente, pero no de manera exclusiva, en tiempo de paz). Los derechos humanos pueden ser restringidos o suspendidos en casos de violencia interna o situaciones de conflicto armado (como por ejemplo el derecho de reunión, libertad de prensa, votar o declararse en huelga). Los que no pueden sufrir restricción alguna, son los que integran el denominado “núcleo de los derechos humanos”⁵¹⁶ que, en ningún caso, pueden ser suspendidos o derogados. Por el contrario, las normas de Derecho Internacional Humanitario no admiten restricciones ni suspensiones, sin que el Estado pueda, por otra parte, realizar una interpretación unilateral respecto a una eventual suspensión o restricción.

⁵¹⁵ Es interesante también, en lo que a esta diferenciación atañe, el informe de enero de 2003 del servicio de asesoramiento en DIH del ICCR, disponible en www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8.htm, consultado en fecha 3 de mayo de 2017.

⁵¹⁶ Serían, por ejemplo, el derecho a la vida, prohibición de la tortura, los castigos o tratos inhumanos, etc. Representan un ámbito de confluencia con el DIH.

III. Diferenciados los dos ámbitos, resta preguntarse por los mecanismos de control y exigencia de responsabilidades en ambos casos, y adelantamos que este es un punto crucial, pues será aquí donde se muestren las diferencias en esa humanización del Derecho Internacional de la que venimos hablando, donde la víctima se postula como el elemento diferenciador.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existen mecanismos de control *ex post facto*, es decir, que ante la violación del Estado de normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el individuo afectado (víctima) puede, agotados los recursos jurisdiccionales internos, reclamar ante una instancia internacional o regional la terminación de la violación y el resarcimiento frente al daño por la conculcación del derecho violado. Los órganos internacionales de control determinarían volver a la situación precedente, pudiendo determinar una reparación. Estos órganos, en definitiva, exigen y supervisan el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Por ejemplo, ante la eventual violación de un derecho reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, un ciudadano español podría interponer una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siempre y cuando hubiese agotado la vía judicial interna⁵¹⁷, lo que incluiría, en este caso concreto, la correspondiente interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁵¹⁸. La interposición de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería reunir las características previstas en el art. 47 del Reglamento del Tribunal⁵¹⁹. En opinión de algún magistrado, como ANDRÉS

⁵¹⁷ Como ejemplo de STEDH que resalta la inadmisión por falta de agotamiento de los recursos internos, podemos citar la recaída en el asunto *Del Pino c. España* de 14 de junio de 2011, en la que se declara “la inadmisión de la demanda por falta de agotamiento de la vía judicial interna al haberse declarado por el el Tribunal Constitucional español la inadmisión por extemporáneo del recurso de amparo interpuesto ante el mismo, por considerar este último Tribunal que la la acción de nulidad de actuaciones interpuesta por los demandantes no había interrumpido el plazo para la interposición del recurso de amparo, en la medida en que el mencionado incidente de nulidad de actuaciones no era admisible. El TEDH considera que “*esta interpretación de la legislación interna efectuada por el Tribunal Constitucional no puede ser calificada de arbitraria, poco razonable o de tal carácter que desvirtúe la equidad del procedimiento*” y por tanto procede a declarar inadmisibile la demanda presentada ante el TEDH”.

⁵¹⁸ Vid. a estos efectos el art. 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, después de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Vid. monografía sobre el particular, después de la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, en RIPOL CARULLA, SANTIAGO: “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, enero-junio 2014, págs. 11-53.

⁵¹⁹ Este artículo señala que: “1. *An application under Article 34 of the Convention shall be made on the application form provided by the Registry, unless the Court decides otherwise. It shall contain all of the information requested in the relevant parts of the application form and set out*

OLLERO TASSARA, el Tribunal Constitucional colabora con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la consolidación de un *ius commune* europeo, dándose la circunstancia de que, dado el elevado número de asuntos que estudia anualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría “morir de éxito”⁵²⁰.

(a) *the name, date of birth, nationality and address of the applicant and, where the applicant is a legal person, the full name, date of incorporation or registration, the official registration number (if any) and the official address;*

(b) *the name, address, telephone and fax numbers and e-mail address of the representative, if any;*

(c) *where the applicant is represented, the dated and original signature of the applicant on the authority section of the application form; the original signature of the representative showing that he or she has agreed to act for the applicant must also be on the authority section of the application form;*

(d) *the name of the Contracting Party or Parties against which the application is made;*

(e) *a concise and legible statement of the facts;*

(f) *a concise and legible statement of the alleged violation(s) of the Convention and the relevant arguments; and*

(g) *a concise and legible statement confirming the applicant's compliance with the admissibility criteria laid down in Article 35 § 1 of the Convention.*

2. (a) *All of the information referred to in paragraph 1 (e) to (g) above that is set out in the relevant part of the application form should be sufficient to enable the Court to determine the nature and scope of the application without recourse to any other document.*

(b) *The applicant may however supplement the information by appending to the application form further details on the facts, alleged violations of the Convention and the relevant arguments. Such information shall not exceed 20 pages.*

3.1. *The application form shall be signed by the applicant or the applicant's representative and shall be accompanied by*

(a) *copies of documents relating to the decisions or measures complained of, judicial or otherwise;*

(b) *copies of documents and decisions showing that the applicant has complied with the exhaustion of domestic remedies requirement and the time-limit contained in Article 35 § 1 of the Convention;*

(c) *where appropriate, copies of documents relating to any other procedure of international investigation or settlement;*

(d) *where the applicant is a legal person as referred to in Rule 47 § 1 (a), a document or documents showing that the individual who lodged the application has the standing or authority to represent the applicant.*

3.2. *Documents submitted in support of the application shall be listed in order by date, numbered consecutively and be identified clearly.*

4. *Applicants who do not wish their identity to be disclosed to the public shall so indicate and shall submit a statement of the reasons justifying such a departure from the normal rule of public Access to information in proceedings before the Court. The Court may authorise anonymity or grant it of its own motion.*

5.1. *Failure to comply with the requirements set out in paragraphs 1 to 3 of this Rule will result in the application not being examined by the Court, unless*

(a) *the applicant has provided an adequate explanation for the failure to comply;*

(b) *the application concerns a request for an interim measure;*

(c) *the Court otherwise directs of its own motion or at the request of an applicant.*

5.2. *The Court may in any case request an applicant to provide information or documents in any form or manner which may be appropriate within a fixed time-limit.*

6. (a) *The date of introduction of the application for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention shall be the date on which an application form satisfying the requirements of this Rule is sent to the Court. The date of dispatch shall be the date of the postmark.*

(b) *Where it finds it justified, the Court may nevertheless decide that a different date shall be considered to be the date of introduction.*

7. *Applicants shall keep the Court informed of any change of address and of all circumstances relevant to the application”.*

⁵²⁰ Vid. OLLERO TASSARA, ANDRÉS: “La protección de los derechos humanos en España y Europa”, colaboración correspondiente a la obra “Control de convencionalidad y decisiones judiciales”, ed. Tirant lo Blanch, 2016. Consultado en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion->

De lo aquí reseñado se desprende el reconocimiento de la legitimación activa de la víctima, facilitando así su acceso a los órganos de control. Concretamente, el máximo exponente de este razonamiento lo encontramos en el art. 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, después de la modificación operada por el Protocolo Adicional nº 11, establece que cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado Parte en el Convenio y que se considere víctima de una violación, por uno de los Estados Parte, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, puede deducir una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El escenario que contemplamos en los mecanismos de supervisión del Derecho Internacional Humanitario difiere del hasta ahora descrito. Con anterioridad al ER, la responsabilidad por la inobservancia de sus preceptos quedaba dentro del ámbito de las competencias estatales. En este sentido, daba igual que se reconociese la legitimación activa del individuo pues no existía ninguna instancia superior como es hoy en día la CPI. Posteriormente, al gestarse el ER, no se reconoció la legitimación activa de la víctima porque, a diferencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el Derecho Internacional Humanitario es más importante la responsabilidad penal internacional del individuo que ha lesionado un bien jurídico cuya titularidad recae en la comunidad internacional (aunque se concrete en todos y cada uno de los sujetos pasivos del ilícito). Es decir, que para el Derecho Internacional Humanitario, la atención se centra en la legitimación pasiva. Por eso serán los Estados, la Fiscalía o el Consejo de Seguridad, y no los individuos o las organizaciones no gubernamentales, quienes estén legitimados activamente, de acuerdo con lo establecido en el art. 13 ER.

IV. Llegados a este punto, conviene detenerse en la etiología del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, pues en ella podremos atisbar las causas del distinto desarrollo en la humanización del Derecho Internacional Humanitario. Mientras que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la justicia es el principio rector, para el Derecho Internacional Humanitario es la paz internacional el fin primordial.

Así, los párrafos 4 y 11 del ER hacen referencia a la justicia y señalan respectivamente lo siguiente: *“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”*; y *“decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”*. Estos dos párrafos han de interpretarse, a su vez, a la luz de los párrafos 3 y 7 del propio preámbulo, que manifiestan lo siguiente respectivamente: *“Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”*; y *“reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de Naciones Unidas”*. De esta combinación, y a la luz de la naturaleza de la CPI y sus mecanismos de activación, se desprende que la salvaguardia de la paz internacional es, en última instancia, el fin primordial⁵²¹. Este enfoque no es sino una continuación de los tribunales que precedieron a la CPI, pues tanto el Tribunal Militar de Núremberg, como el Tribunal Militar de Tokio, el TPIY y el TPIR, tuvieron como objetivo primordial la restauración de la paz, lo que consecuentemente conllevó el castigo de los responsables.

Estas son, en síntesis, las causas por las que encontramos una descompensación en el proceso de humanización del Derecho Internacional, y por lo que debemos preguntarnos si la fase en la que nos encontramos está marcada por un proceso de estancamiento sin solución de continuidad. En los siguientes capítulos intentaremos dar respuesta examinando el proceso a través de la perspectiva de la víctima, tanteando posibles alternativas que intenten equilibrar también en el Derecho Internacional Humanitario ese doble eje entre justicia y paz y seguridad internacionales.

⁵²¹ Esa es la opinión dominante. A este respecto vid. CARRILLO SALCEDO, op. cit. pág 464.

1.2.- El concepto de víctima en el Estatuto de Roma

I. Por extraño que pudiera parecer, el ER no contiene ninguna definición de víctima⁵²², puesto que esa fue una tarea encomendada al Comité Preparatorio de las RPP. Así, la regla 85 recoge la siguiente definición:

“Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen competencia de la Corte;

b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

De esta manera, podemos observar que el concepto de víctima es amplio, pues, por primera vez, se incluye tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Ahora bien, hay que abordar la cuestión sobre las fuentes de las RPP para acotar el concepto de víctima. Para contextualizar la regla 85, hemos de relacionar su contenido con el concepto de

⁵²² Si bien en el epígrafe cuatro del presente capítulo se desarrolla el concepto de víctima desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, así como la normativa al efecto, se considera oportuno adelantar la siguiente bibliografía al respecto: TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA: “La reparación a la víctima en el derecho penal”, ed. Fundació Jaume Callís, 1994; TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA: “La víctima en el derecho penal: de la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima”, ed. Aranzadi, 1998; SANZ HERMIDA, ÁGATA MARÍA: “La situación jurídica de la víctima en el proceso penal”, ed. Tirant lo Blanch, 2008; MARCHIORI, HILDA: “Ley y víctima: panorama internacional”, ed. Brujas, 2009; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: “La dignidad de las víctimas de los delitos”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 6/2010; MARTÍN RÍOS, MARÍA DEL PILAR: “Víctima y justicial penal. Reparación, intervención y protección en el proceso penal”, ed. Atelier (formato electrónico), enero de 2012; MUERZA ESPARZA, JULIO: “El Estatuto de la víctima del delito”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 891/2014; QUINTERO OLIVARES, GONZALO: “Protección a las víctimas y función de la justicia penal”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 884/2014; GALLEGO SÁNCHEZ, GEMMA: “Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, su participación en el proceso penal”, artículo publicado en la Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 2, en septiembre de 2014; GUTIERREZ ROMERO, FRANCISCO MANUEL: “Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015”, en Revista Doctrinal Aranzadi núm. 7/2015; SERRANO MASIP, MERCEDES: “Estatuto de la víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015”, ed. Tirant lo Blanch, 2015; AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ANGEL LUIS: “La víctima en la justicia penal: el estatuto jurídico de la víctima del delito”, ed. Dyckinson, 2016; FAGGIANI, VALENTINA: “Los derechos procesales en el espacio europeo de la justicia penal”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017; PÉREZ RIVAS, NATALIA: “Los derechos de la víctima en el sistema penal español”, ed. Tirant lo Blanch, 2017; AGUILERA MORALES, ENCARNACIÓN: “La víctima del delito y las últimas reformas procesales”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017; MARTÍNEZ ATIENZA, GORGONIO: “Respuesta jurídica y social a la víctima del delito”, ed. Experiencia, 2018.

víctima que surgió en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder”, de 29 de noviembre de 1985, adoptada por la Asamblea General de NU. Esta Declaración fue el origen de lo que hoy entendemos por víctima con arreglo a las disposiciones aplicadas por la CPI, y aunque la Declaración tiene la consideración de *soft law* por no ser vinculante, sus artículos 1 y 2 han servido de clara orientación:

Artículo 1. “*Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder*”.

Artículo 2. “*Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización*”.

II. En el desarrollo histórico, puede destacarse que los estatutos constitutivos tanto del Tribunal Militar de Núremberg como el Tribunal Militar para el Lejano Oriente carecen de mención o desarrollo alguno del concepto de víctima. A su vez, el TPIY y el TPIR, a pesar de desarrollar jurisprudencialmente conceptos tales como responsabilidad penal individual o de organizaciones⁵²³, tampoco supusieron un punto de inflexión en lo que a las víctimas concierne, pues en el mejor de los casos limitaron el ámbito de actuación de la víctima a su declaración testifical, y, en general, a una estrecha visión de la víctima

⁵²³ Vid. DELGADO DEL CARPIO, JUANA: “Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc”, ed. Tirant lo Blanch, 2009.

ceñida exclusivamente a las directas⁵²⁴. Como destaca DAVID DONAT-CATTIN, en el comité preparatorio de 1996 ningún representante puso objeciones a la necesidad de incluir los principios de la Declaración de 1985, así como a la necesidad de consensuar una definición de víctima lo más amplia posible⁵²⁵. Ya hemos visto anteriormente el distinto desarrollo que se observa en el proceso de humanización en esas dos ramas del Derecho Internacional que son el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el marco de ese desarrollo desigual, si podemos atribuir al ER, además de la definición de la regla 85, el siguiente avance que precisamente vamos a desarrollar:

- La participación de las víctimas en el procedimiento.
- La protección de las víctimas y testigos.
- La justicia reparadora en relación a la víctima.

Tomando como punto de partida la definición de la regla 85, puede decirse que el concepto es generalista, y de acuerdo con la jurisprudencia, esa mención al daño puede ser tanto físico como psicológico⁵²⁶. HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO entiende que puede distinguirse entre víctimas de la situación y víctimas del caso, de acuerdo con la interpretación hecha por la SCP⁵²⁷. Al hilo de esta inclusión de personas físicas y jurídicas en el concepto de víctima, la SPI en el caso *Lubanga Dylo*⁵²⁸, al decidir sobre las víctimas en el proceso, ha afirmado que el concepto de víctima tendrá un sentido amplio similar al previsto en los principios fundamentales, y ha reiterado que se entenderá por víctima la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido un daño en razón de actos u omisiones que constituyan violaciones flagrantes del Derecho

⁵²⁴ La regla 2 (A) de las RPP del TPIY entiende por víctima, literalmente, lo siguiente: (...)”*a person against whom a crime over which the Tribunal has jurisdiction has allegedly been committed*”.

⁵²⁵ Para el estudio del desarrollo histórico, vid. LATTANZI, FLAVIA y SCHABAS, WILLIAM A.: “Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court”, ed. il Sirente, Vol. I, 1999. El capítulo titulado “The Role of Victims in ICC Proceedings” corresponde a DONAT-CATTIN, DAVID, págs. 251-272.

⁵²⁶ Así se apreciará cuando analicemos la sentencia del Fiscal v. Lubanga Dylo.

⁵²⁷ Vid. OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR: “Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas ante la CPI”, en Kai Ambos (coord.), donde la obra de referencia es “Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, ed. Comares (Granada), 2008, págs. 60 -70.

⁵²⁸ Vid. CPI-ICC-01/04-01/06-1119-t FRA2007, para. 35 y 92.

Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario⁵²⁹. Esta referencia a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –y su incipiente apertura a este ámbito–, se explica en función del art. 21.3 ER⁵³⁰ que, como ha destacado RICARDO DANIEL VARGAS DÍAZ, “subordina la interpretación y aplicación del derecho aplicable al respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos”⁵³¹.

Al hilo de este argumento, podemos encontrar dos decisiones de la CPI en que se delimitan los márgenes del concepto de persona, que engarza con el de víctima. La primera, referente a las personas físicas o naturales, la extraemos de la SCP I, en la situación de la República Democrática del Congo, que manifestó que la persona física, tal como aparece en la regla 85 a), será asimilada a la persona humana interpretada como sujeto de derecho en oposición a la persona jurídica⁵³². En segundo lugar, la interpretación también literal, que la SCP realiza de la regla 85 b), donde las personas jurídicas se considerarían víctimas, en tanto en cuanto sus fines están dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias, la beneficencia, los monumentos históricos, hospitales, y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios, y hayan sido afectados por la comisión de un crimen competencia de la CPI⁵³³.

III. Llegamos así al siguiente punto común a toda víctima por el hecho de serlo, que es el sufrimiento de un daño. Daño hace alusión a cualquier acto físico, psicológico o de tipo material padecido por el sujeto pasivo con ocasión de la comisión de alguna conducta constitutiva de un ilícito penal competencia de la CPI. Este daño puede estar revestido de múltiples formas: afectación a la integridad física, mental o moral, pérdida material, o afectación grave a determinados derechos. La SA, en relación a un recurso

⁵²⁹ Vid. también el estudio realizado por BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “La víctima ante la Corte Penal Internacional”, en la obra “El proceso penal: cuestiones fundamentales”, coord. FUENTES SORIANO, OLGA, ed. Tirant lo Blanch, 2016, págs. 251 a 261.

⁵³⁰ El art. 21.3 dispone que: “*La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición*”.

⁵³¹ Vid. VARGAS DÍAZ, RICARDO: “El concepto de la víctima en el interior de Tribunales Penales Internacionales”, Revista Prolegómenos. Derecho y Valores., Vol. XVI, núm. 32 (2013), págs. 87-103.

⁵³² Vid. ICC-01/04-101 2006.

⁵³³ Vid. ICC-01/04-423 2007, para. 137 y siguientes.

de apelación sostuvo que “la noción de víctima implica necesariamente la existencia de un daño personal, pero no necesariamente que el daño sea directo (...)”⁵³⁴. La inclusión de los conceptos de perjuicios materiales, físicos y psicológicos dentro del concepto de daño personal, previsto en la regla 85, es desarrollada por la SPI, al afirmar que estos forman, igualmente, parte de la regla, siempre y cuando la víctima los haya padecido personalmente⁵³⁵. De ahí que la SA haya resaltado que, tratándose de la concurrencia de un daño personal o colectivo, es determinante analizar primeramente si el daño padecido ha sido sufrido personalmente por la víctima, para que pueda ser considerada como tal⁵³⁶. Así pues, para que alguien pueda tener la consideración de víctima, hemos de encontrar de manera entrelazada los siguientes elementos: un daño cuyo origen sea un crimen competencia de la CPI y, por tanto, un nexo de causalidad –que deberá ser probado en sede judicial- entre el perjuicio y el crimen. Sobre este nexo de causalidad, encontramos varios ejemplos en la jurisprudencia, que pueden ser de utilidad en el proceso por ser una exigencia de la regla 85.

Así, la SCP entiende que es necesario establecer un criterio mínimo para creer que el perjuicio padecido es el resultado de la comisión de los crímenes⁵³⁷. En una fase preliminar, la SCP ha estimado que no es necesario que la naturaleza exacta del nexo de causalidad y la identidad de las personas responsables sean determinados de manera totalmente precisa; de ahí que pueda concluirse que ese nexo se va concretando a lo largo de un proceso cuyo objetivo es, precisamente, hacer valer la conexión entre perpetrador y víctima. Este nexo no solo hay que probarlo cuando estamos hablando de una víctima directa, sino también cuando se trata de una víctima indirecta. La SA ha señalado que el daño causado a una víctima por la perpetración de un crimen puede causar, igualmente, perjuicio a otras víctimas⁵³⁸; y esto es evidente cuando las víctimas están unidas por lazos personales íntimos⁵³⁹. La SPI ha acotado el concepto de víctima indirecta, al afirmar que se debe limitar a aquellos casos que habían padecido un perjuicio en relación al perjuicio padecido por las víctimas directas⁵⁴⁰; concretamente

⁵³⁴ Vid. ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10 2008, para. 38.

⁵³⁵ Vid. ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10 2008, para. 31-32.

⁵³⁶ Vid. ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10 2008 para. 35.

⁵³⁷ Vid. CPI ICC-01/04 para. 94.

⁵³⁸ ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10 2008, para. 32.

⁵³⁹ Por ejemplo, los progenitores de un niño soldado.

⁵⁴⁰ ICC-01/01-01-/06-1813 2009, para. 49.

sirviéndose del ejemplo de la familia cercana a los niños soldado para definir las víctimas indirectas.

También, la SPI, ha destacado que no tendrán la consideración de víctimas indirectas aquellas que hayan padecido un perjuicio ocasionado por las directas, razonamiento lógico al observarse la ruptura de ese nexo del que venimos hablando. El problema, como ha puesto de relieve algún autor⁵⁴¹, radica en que, asumido dicho acotamiento, se excluye la participación del procedimiento a aquellas víctimas que sufrieron un daño por parte de la instrumentalización de niños por la comisión de crímenes. La excepción a este presupuesto sería la consideración de víctima a la persona cercana o encargada de la víctima directa, que demuestre que ha sufrido un daño al intentar asistir a las víctimas directas de tales delitos, o al intentar que estas últimas no fueran víctimas de la comisión de crímenes⁵⁴².

IV. Conviene ahora examinar cuál ha sido el tratamiento dispensado a las víctimas por los tribunales penales internacionales o híbridos surgidos con posterioridad a la CPI, para poder extraer conclusiones sobre esta figura y su participación en el proceso. Comenzando con el Tribunal Especial para Sierra Leona⁵⁴³ (TESL)⁵⁴⁴, este concede poca importancia a la víctima, siendo su definición de la misma similar a la reflejada en la regla 85 a) ER. Concretamente, se refiere a la víctima como aquella persona contra la que se ha cometido un crimen competencia del Tribunal Especial⁵⁴⁵. Al no tener un tratamiento especial, su estatuto es semejante al de los testigos. Por ejemplo, el art. 17.2 de su estatuto manifiesta literalmente lo siguiente:

“The accused shall be entitled to a fair and public hearing, subject to measures ordered by the Special Court for the protection of victims and witnesses”.

⁵⁴¹ Vid. VARGAS DÍAZ, RICARDO, *op. cit.* pág. 92.

⁵⁴² ICC 01/04-01/06-228-Ten 2006, para. 8.

⁵⁴³ El TESL fue establecido conjuntamente por el Gobierno de Sierra Leona y las NU, mediante Resolución 1315 de 14 de agosto del 2000 del CS, y tiene competencia para juzgar las violaciones graves del DIH y del derecho interno de Sierra Leona cometidos a partir del 3 de noviembre de 1996.

⁵⁴⁴ Vid. artículo de FRULLI, MICAELA: “The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments” EJIL (2000), Vol. 11 núm. 4, págs. 857-869. Disponible en <http://www.ejil.org/pdfs/11/4/557.pdf> , consultado en fecha 1 de junio de 2017.

⁵⁴⁵ Vid. el caso de Charles Taylor en <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/1283/SCSL-03-01-T-1283.pdf> , consultado el 3 de junio de 2017.

Esta ausencia de rasgos especiales respecto al ER, revela una tendencia en el tratamiento de la víctima, a saber, la extrema ralentización a la hora de dar un tratamiento procesal más caracterizado a una figura mucho más preponderante en el ámbito de los derechos internos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Más concreto es el Tribunal de Camboya⁵⁴⁶, para el que deben concurrir los siguientes requisitos para que la víctima pueda ser considerada como tal:

- Ser persona física o jurídica que haya padecido un perjuicio causado por un crimen competencia del Tribunal de Camboya.
- Para considerar que ha sufrido un perjuicio deberá ser demostrado lo siguiente:
 - a) Un perjuicio corporal, material o moral.
 - b) Que el perjuicio sea la consecuencia directa de la infracción perseguida.
 - c) El perjuicio psicológico es susceptible de incluir la pérdida de prójimos que han sido víctimas de esos crímenes.
 - d) Todas las víctimas que reúnan dichos requisitos tienen el derecho de constituirse en parte civil sin ninguna distinción formulada sobre criterios tales como residencia o nacionalidad.

Para el Tribunal Especial Internacional para el Líbano⁵⁴⁷, víctima es la persona física que ha sufrido un daño físico, material o mental fruto del resultado directo de un ataque de un ataque competencia del Tribunal⁵⁴⁸. Tampoco se hace, como puede observarse, mención alguna a las personas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia de este tribunal, al interpretar “el resultado directo de un ataque”, acepta integrar dentro de su regla 2ª (*Rules of Procedure and Evidence*) la existencia de víctimas directas e indirectas, ya que el término “directo” haría referencia a un criterio de causalidad (consecuencia directa) y no al perjuicio del mismo⁵⁴⁹. En este sentido la razón de incluir a las víctimas indirectas

⁵⁴⁶ Más conocido como Salas extraordinarias de los Tribunales de Camboya (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia). Es un tribunal de composición mixta fruto del acuerdo alcanzado en junio de 2003 entre NU y el Gobierno de Camboya, para juzgar los crímenes por graves violaciones del DIH perpetrados por jefes rojos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979.

⁵⁴⁷ El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República libanesa pidió a las NU que estableciera un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentado que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en Beirut, y causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri y otras 22 personas. Mediante la Resolución 1757 (2007) del CS, de 30 de mayo de 2007.

⁵⁴⁸ Vid. Rule 2 of Procedure and Evidence.

⁵⁴⁹ Vid. STL FO236/20 120524/R 122132-R 122177/EN-FRI pvk 2012, para. 39.

estriba en la existencia de un perjuicio personal, padecido como consecuencia directa del atentado.

1.3.-Análisis de la normativa relativa a la víctima

I. Corresponde analizar a continuación la normativa existente y aplicada por la CPI en torno a la víctima, que se estructura en torno a sus derechos principales, de los que hablaremos en lo sucesivo: derecho a la participación, derecho a la protección y derecho a la reparación⁵⁵⁰. A cada uno de ellos se dedicarán apartados separados, sirviendo el presente como introducción a todos ellos. El reconocimiento y desarrollo de estos derechos son, precisamente, los hitos alcanzados por el ER. Esos tres derechos se constituyen como principales, derivándose de ellos otros accesorios como, por ejemplo, el derecho a la representación y a la notificación, que entroncan con el de participación⁵⁵¹.

II. El derecho de participación de las víctimas en el proceso que por ser el más básico, va a atraer ahora una mayor atención aparece regulado en el art. 68.3 ER, y se expresa en los siguientes términos:

“La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

De este artículo se desprende el necesario equilibrio entre los derechos de la víctima y del acusado; pero más allá de esta tensión entre ambas figuras, presente en todo el proceso, son las RPP las que concretan el ejercicio del derecho a la participación. Las reglas en cuestión son las contenidas en los cardinales 89 a 93. De esta manera, el marco general del art. 68.3 ER, por el que las víctimas tienen derecho a presentar y a que se

⁵⁵⁰ Para un estudio de su conjunto, vid. ETXEBARRIA ESTANKONA, KATIXA: “El papel de la víctima ante la Corte Penal Internacional”, en “Víctimas en distintos ámbitos del Derecho”, coord. ORDEÑAGA GEZURAGA, IXUSKO, ed. Universidad del País Vasco, 2011, págs. 249 a 282.

⁵⁵¹ Vid. BITTI, GILBERT: “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional”, en la revista Estudios de derecho judicial núm. 121, 2007, págs. 203 a 226.

tengan en cuenta sus opiniones y observaciones cuando sus intereses personales están en juego, se ejerce a través del cauce previsto en la subregla 1 de la regla 89⁵⁵², en la que se prescribe que las víctimas deben presentar una solicitud escrita al Secretario de la Corte que, a su vez, la canaliza a la Sala correspondiente. Esta solicitud viene facilitada por la Secretaría, que ha elaborado unos formularios de solicitudes de participación, cuyo uso no es obligatorio⁵⁵³ siempre y cuando el solicitante proporcione la información requerida por la norma 86.2 del RC⁵⁵⁴.

De acuerdo con la regla 89 RPP y la norma 86 RC, el agotamiento de los recursos dentro de sus países no es una condición que deben cumplir los solicitantes, a diferencia de lo previsto en el art. 35 CEDH y art. 46 CEDH⁵⁵⁵.

Sobre el momento en el que este derecho puede ser ejercido, ha de significarse que puede ser en cualquiera de las fases del proceso. Así, en la etapa de investigación –de acuerdo con el art. 15.3 ER-, las víctimas pueden enviar información al Fiscal, al objeto

⁵⁵² Señala que “Las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda. Con sujeción a lo dispuesto en el Estatuto, en particular en el párrafo 1 del artículo 68, el Secretario proporcionará una copia de la solicitud al Fiscal y a la defensa, que tendrán derecho a responder en un plazo que fijará la propia Sala. Con disposición a lo dispuesto en la subregla 2, la Sala especificará entonces las actuaciones y la forma en que se considerará procedente la participación, que podrá comprender la formulación de alegatos iniciales y finales”.

⁵⁵³ Vid. ICC-01/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006, párr. 102.

⁵⁵⁴ Son los siguientes:

Los modelos tipo y las demás solicitudes descritas en el numeral 1 deberán contener, en la medida de lo posible, la siguiente información:

a) La identidad y el domicilio de la víctima, o el domicilio al que la víctima solicita que se le envíen todas las comunicaciones o, en caso de que la solicitud sea presentada por una persona que no sea la víctima según se establece en la subregla 3 de la regla 89, la identidad y el domicilio de dicha persona o el domicilio al que dicha persona solicita que se le envíen todas las comunicaciones.

b) Si la solicitud se presenta de conformidad con la subregla 3 de la regla 89, prueba del consentimiento de la víctima o prueba de la situación de la víctima cuando fuera menor de edad o tenga una discapacidad, que se deberá presentar junto con la solicitud, bien por escrito o bien de conformidad con lo dispuesto en la regla 102;

c) Una descripción de los daños sufridos a consecuencia de cualquier delito cometido dentro de la jurisdicción de la Corte o, en caso de que la víctima sea una organización o institución, una descripción de los daños directos según se describe en el literal b) de la regla 85;

d) Una descripción del incidente, incluyendo el lugar y la fecha y, en la medida de lo posible, la identidad de la o las personas que la víctima cree responsables de los daños descritos en la regla 85;

e) Toda documentación justificativa pertinente, incluyendo el nombre y domicilio de los testigos;

f) Información acerca de los motivos por los cuales se han visto afectados los intereses personales de la víctima;

g) Información sobre la etapa del procedimiento en la que la víctima desea participar y, de ser aplicable, la reparación que pretende obtener;

h) Información sobre el alcance de la representación legal con la que espera contar la víctima, si la hubiere, incluyendo el nombre y domicilio de los posibles representantes legales e información sobre los medios financieros con los que cuentan la o las víctimas para pagar a un representante legal”.

⁵⁵⁵ ICC-02/05-110, Sala de Cuestiones Preliminares I (magistrada única), de 3 de diciembre de 2007, párr. 12.

de promover el inicio de una investigación por iniciativa propia. También pueden presentar observaciones ante la SCP cuando el Fiscal realice una petición de autorización para el inicio de una investigación; y en la fase de juicio oral, si se impugnase la competencia de la CPI o la admisibilidad, por mención específica del art. 19.3 ER, también podrían presentar observaciones. Además, en fase de reparaciones, podrían apelar las mismas por disposición del art. 82.4 ER.

En función de la fase procesal en la que nos encontremos, podremos distinguir diferentes tipos de víctimas. Entre otros autores, PAULINA VEGA GONZÁLEZ⁵⁵⁶ ha destacado las diferencias entre las “víctimas de situación” en una primera fase, y conforme se desarrolla el procedimiento el grupo anterior se ciñe a las “víctimas de los hechos” en relación a un sujeto imputado, para llegar finalmente a las “víctimas del condenado”, una vez demostrado el nexo causal. Por tomar algunos ejemplos -a modo de aproximación, por ser objeto de ulterior análisis, extraídos de la jurisprudencia-, podemos mencionar los siguientes:

a) Sobre la participación en la fase de investigación, la SCP II entendió que “la participación de las víctimas durante la investigación de una situación puede derivarse de la regla 93 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que permiten a la Sala recabar observaciones de las víctimas o sus representantes legales que participen con arreglo a las reglas 89 a 91 sobre cualquier cuestión y recabar observaciones de otras víctimas cuando proceda. Por lo tanto, se puede deducir que las víctimas pueden ser invitadas por la Sala para expresar sus observaciones sobre una o más cuestiones en cualquier etapa del procedimiento (incluida la fase de investigación de una situación) siempre que la Sala lo estime oportuno”⁵⁵⁷.

b) En cuanto a la participación en la etapa de cuestiones preliminares y posterior audiencia de confirmación de cargos, también la SCP II determinó que: “La magistrada única fue notificada de una Segunda Moción de las

⁵⁵⁶ Vid. VEGA GONZÁLEZ, PAULINA, op. cit. pág. 6.

⁵⁵⁷ Vid. ICC-02/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 10 de agosto de 2007, párr. 102.

víctimas para participar en la comparecencia inicial de los sospechosos en caso de que el Gobierno de Kenia sea autorizado a dirigirse a la Corte en relación con su impugnación de la admisibilidad; y para participar en las actuaciones de admisibilidad. En un principio, la magistrada única señala que las solicitudes presentadas por las víctimas solicitantes en su Segunda Moción de Participación ya han sido consideradas por esta Sala en decisiones anteriores. La magistrada única recuerda que ya ha rechazado las solicitudes de participación en primera comparecencia de los sospechosos el 7 de abril de 2011 tanto de las víctimas solicitantes como también del Gobierno de Kenia. La Sala ha aclarado suficientemente en decisiones anteriores que la comparecencia inicial tiene un objeto limitado establecido en el párrafo 1 del artículo 60 del Estatuto, que no será reiterado. Por lo tanto, la petición de las siete víctimas solicitantes de participar en la comparecencia inicial de los sospechosos el 7 de abril de 2011, en caso de que el Gobierno de Kenia asistiera, carece de fundamento⁵⁵⁸.

c) También, como es obvio, cabe analizar su participación en la etapa del juicio: “En general, las víctimas tienen intereses múltiples y variados, pero es fundamental hacer hincapié y reiterar que para que las víctimas participen en el juicio, estos intereses deben estar relacionados con las pruebas y las cuestiones que la Sala va a considerar en su investigación de los cargos formulados contra el sospechoso: el alcance de las pruebas y de temas que serán abordados por la Sala durante este juicio son definidos por los presuntos crímenes a los que se enfrenta el acusado. En cambio, los intereses generales de las víctimas son muy amplios e incluyen, entre otros, el interés en recibir reparaciones, el interés en que se les permita expresar sus opiniones y observaciones, el interés en la verificación de hechos concretos y el establecimiento de la verdad, el interés en proteger su dignidad durante el juicio y garantizar su seguridad, y el interés en ser reconocidos como víctima de la causa. Los crímenes de la competencia de la Sala, como crímenes internacionales, pueden tener varias consecuencias directas e indirectas para las víctimas. En este contexto la Sala se asegurará de que las víctimas tengan un acceso adecuado a la justicia en el

⁵⁵⁸ Vid. ICC-01/09-01/11-40, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrada única) 6 de abril de 2011, párrs. 5-12.

contexto del proceso judicial, y tendrá en cuenta las diversas necesidades particulares e intereses de las víctimas y de los grupos de víctimas”⁵⁵⁹.

d) Además, pueden tomar un papel activo en fase de apelaciones. Así, “las víctimas que participaron en las actuaciones del juicio en la causa del Fiscal c. Thomas Lubanga Dylo y a las que no se retiró el derecho a participar en las actuaciones en calidad de víctimas pueden, a través de sus representantes legales, participar en el actual procedimiento de apelación a fin de presentar sus opiniones y observaciones con respecto a sus intereses personales en las cuestiones apeladas”⁵⁶⁰.

e) Finalmente, como no podía ser de otra forma, podemos traer a colación la participación de las víctimas en las actuaciones de reparación: “Todas las víctimas deben ser tratadas de forma justa y por igual en lo concerniente a las reparaciones, independientemente de si participaron o no en las actuaciones del juicio. A pesar de las observaciones de la defensa y de los representantes legales de las víctimas, sería inapropiado limitar las reparaciones al relativamente pequeño grupo de víctimas que participaron en el juicio y a aquellas que solicitaron reparación. Las víctimas de los presentes crímenes, como se estipula en la regla 85 de las Reglas, deben tener igual acceso a cualquier información relativa a su derecho a obtener reparación y asistencia de la Corte, como parte de su derecho a un trato justo e igual a lo largo del procedimiento”⁵⁶¹.

III. De manera correlativa al derecho de participación, se encuentra el de representación legal, que abarca precisamente las reglas 90⁵⁶² y 91⁵⁶³. Para ejercer la representación

⁵⁵⁹ Vid. ICC-01/04-01/06-1119, Sala de Primera Instancia I, 18 de enero de 2008, párrs. 97-100.

⁵⁶⁰ Vid. ICC-12951-06/01-04/A4 A5 A6, Sala de Apelaciones, 13 de diciembre de 2012, párr. 14.

⁵⁶¹ Vid. ICC-01/04-01/06-2904, Sala de Primera Instancia I, 7 de agosto de 2012, párrs. 187-188.

⁵⁶² La regla 90 señala que: “1. La víctima podrá elegir libremente un representante legal. 2. Cuando haya más de una víctima, la Sala, a fin de asegurar la eficacia del procedimiento, podrá pedir a todas o a ciertos grupos de ellas, de ser necesario con la asistencia de la Secretaría, que nombren uno o más representantes comunes. La Secretaría, para facilitar la coordinación de la representación legal de las víctimas, podrá prestar asistencia y, entre otras cosas, remitir a las víctimas a una lista de abogados, que ella misma llevará, o sugerir uno o más representantes comunes. 3. Si las víctimas no pudieren elegir uno o más representantes comunes dentro del plazo que fije la Sala, ésta podrá pedir al Secretario que lo haga. 4. La Sala y la Secretaría tomarán todas las medidas que sean razonables para cerciorarse de que, en la selección de los representantes comunes, estén representados los distintos intereses de las víctimas,

legal de las víctimas –y en aras de garantizar el derecho este derecho accesorio a la participación-, el representante legal libremente elegido, por disposición de la subregla 6 de la regla 90, debe reunir ciertos requisitos. Tales son: “reconocida competencia en Derecho Internacional o en Derecho Procesal Penal, así como experiencia pertinente necesaria, ya sea en calidad de juez, fiscal, abogado u otra función semejante en juicios penales”⁵⁶⁴. Esta experiencia se concreta en la necesidad de contar con 10 años de experiencia al menos, para que puedan ser aceptadas por la CPI⁵⁶⁵. También deben dominar al menos unos de los dos idiomas de trabajo de la CPI, pudiendo ser asistidos por otros profesionales (subregla 1 *in fine* de la regla 22). La producción de daño a gran escala (piénsese en genocidios o determinados actos en conflictos armados) ha hecho que la CPI haya previsto la posibilidad de representación común para las víctimas. Así se desprende de la norma 79 RC:

especialmente según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 68, y se eviten conflictos de intereses. 5. La víctima o el grupo de víctimas que carezca de los medios necesarios para pagar un representante legal común designado por la Corte podrá recibir asistencia de la Secretaría e incluida, según proceda, asistencia financiera. 6. El representante legal de la víctima o las víctimas deberá reunir los requisitos enunciados en la subregla 1 de la regla 22”.

⁵⁶³ La regla 91 afirma que: “1. La Sala podrá modificar una decisión anterior dictada de conformidad con la regla 89. 2. El representante legal de la víctima estará autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas de conformidad con la decisión que dicte la Sala o las modificaciones que introduzca en virtud de las reglas 89 y 90. Ello incluirá la participación en las audiencias a menos que, en las circunstancias del caso, la Sala sea de opinión de que la intervención del representante legal deba limitarse a presentar por escrito observaciones o exposiciones. El Fiscal y la defensa estarán autorizados para responder a las observaciones que verbalmente o por escrito haga el representante legal de las víctimas.

3. a) El representante legal que asista al proceso y participe en él de conformidad con la presente regla y quiera interrogar a un testigo, incluso en virtud de las reglas 67 y 68, a un perito o al acusado, deberá solicitarlo a la Sala. La Sala podrá pedirle que presente por escrito las preguntas y, en ese caso, las transmitirá al Fiscal y, cuando proceda, a la defensa, que estarán autorizados para formular sus observaciones en un plazo que fijará la propia Sala. b) La Sala fallará luego la solicitud teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre el procedimiento, los derechos del acusado, los intereses de los testigos, la necesidad de un juicio justo, imparcial y expedito y la necesidad de poner en práctica el párrafo 3 del artículo 68. La decisión podrá incluir instrucciones acerca de la forma y el orden en que se harán las preguntas o se presentarán documentos en ejercicio de las atribuciones que tiene la Sala con arreglo al artículo 64. La Sala, si lo considera procedente, podrá hacer las preguntas al testigo, el perito o el acusado en nombre del representante legal de la víctima. 4. Cuando se trate de una vista dedicada exclusivamente a una reparación con arreglo al artículo 75, no serán aplicables las restricciones a que se hace referencia en la subregla 2 para que el representante legal de la víctima haga preguntas. En ese caso, el representante legal, con la autorización de la Sala, podrá hacer preguntas a los testigos, los peritos y la persona de que se trate”.

⁵⁶⁴ La subregla 1 de la regla 22 ha de interpretarse en conexión con la subregla 6 de la regla 90.

⁵⁶⁵ Vid. norma 67 RC.

“1. La decisión de la Sala de solicitar a las víctimas o grupos particulares de víctimas que elijan uno o más representantes legales comunes podrá adoptarse en conjunto con la decisión sobre la solicitud de la o las víctimas de participar en el procedimiento.

2. Cuando se elija un representante legal común de las víctimas de conformidad con la subregla 3 de la regla 90 se deberán tener en cuenta las opiniones de las víctimas y la necesidad de respetar las tradiciones locales y de prestar asistencia a ciertos grupos específicos de víctimas.

3. Las víctimas podrán solicitar a la Sala pertinente que revise la elección de un representante legal común que haya realizado el Secretario conforme a la subregla 3 de la regla 90 dentro de los 30 días siguientes a la notificación de dicha elección”.

También cabe preguntarse por un asunto que no es baladí: el alto coste de representación legal –que incluye equipos de investigación, asesores y peritos-, en un país extranjero por parte de víctimas que en la mayoría de los casos pertenece al estrato más afectado por el hecho en cuestión, y carece de recursos económicos. La subregla 5 de la regla 90 (RPP) establece que: “La víctima o el grupo de víctimas que carezca de los medios necesarios para pagar un representante legal común designado por la Corte podrá recibir asistencia de la Secretaría e incluida, según proceda, asistencia financiera”. Con las limitaciones económicas correspondientes, corresponde al Secretario determinar el alcance de esta ayuda, de acuerdo con las normas 83⁵⁶⁶ y 84⁵⁶⁷ del RC.

⁵⁶⁶ La norma 83 afirma que: “1. La asistencia letrada pagada por la Corte cubrirá todos los gastos que, en opinión del Secretario, sean razonablemente necesarios para lograr una defensa eficaz y efectiva, incluyendo la remuneración del abogado, sus asistentes según se menciona en la norma 68 y su personal, gastos relativos a la obtención de pruebas, gastos administrativos, de traducción e interpretación, de viaje y dietas diarias. 2. El alcance de la asistencia letrada pagada por la Corte en relación con las víctimas será determinado por el Secretario en consulta con la Sala, cuando sea procedente. 3. Las personas que reciban asistencia letrada pagada por la Corte podrán solicitar al Secretario medios adicionales, que podrán ser otorgados según la naturaleza de la causa. 4. Las decisiones adoptadas por el Secretario acerca del alcance de la asistencia letrada pagada por la Corte, según se define en la presente norma, podrán ser examinadas por la Sala pertinente a solicitud de la persona que reciba la asistencia letrada”.

⁵⁶⁷ La norma 84 señala que: “1. Cuando una persona solicite que su asistencia letrada sea pagada por la Corte, el Secretario deberá determinar los medios del solicitante y si se le otorgará un pago total o parcial de la asistencia letrada. 2. Los medios del solicitante incluirán todos los medios de cualquier tipo

IV. Para finalizar el análisis de la normativa relativa respecto a los derechos de las víctimas, ha de hacerse alusión a las notificaciones que se deben practicar de acuerdo con la regla 92 RPP y la norma 87 RC⁵⁶⁸. En ellas se concreta el derecho (accesorio) que tienen las víctimas a ser notificadas e informadas de los avances del procedimiento, de las decisiones de la Sala que esté conociendo, de las fechas de las audiencias, o de la interposición de recursos por las partes. Las notificaciones son importantes, pues sin ellas el derecho de participación quedaría mermado.

Por último, puede ser útil mencionar un derecho que, con el paso del tiempo ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor, y no sólo en el ámbito del Derecho Penal Internacional sino también en el de la justicia transicional⁵⁶⁹. Tal derecho es el de conocer la verdad por parte de las víctimas, que no es un derecho abstracto, sino una suerte de broche final al trinomio constituido por el derecho a participar en el proceso, a la administración de justicia, y a la reparación. Como señala DAVID DONAT-CATTIN, el derecho a conocer la verdad únicamente se da cuando concurren las siguientes condiciones: a) una actuación de la Fiscalía totalmente independiente de cualquier órgano político y con una conducta exclusivamente dirigida al interés de la justicia; b) un procedimiento ante la CPI regido exclusivamente por el principio de justicia. En teoría, los preceptos del ER y las RPP van encaminados a proteger ese eje, y desarrollar un juicio justo, sin herir la dignidad de los acusados y, mediante la responsabilidad penal individual, castigar a los culpables mediante la ejecución de las penas que se determinen. Por eso, dicho autor pone de relieve que las menciones que

y naturaleza sobre los que el solicitante tenga un derecho directo o indirecto de goce o la facultad de disponer libremente de ellos incluyendo, a título ilustrativo pero no limitativo, ingresos directos, cuentas bancarias, bienes inmuebles o muebles, pensiones, acciones, bonos o la tenencia de otros activos, pero excluirán los beneficios familiares o sociales a los que pueda tener derecho. Al evaluar dichos medios se deberá también tener en cuenta las transferencias de bienes del solicitante que el Secretario considere pertinentes y el estilo de vida aparente del solicitante. El Secretario admitirá los gastos solicitados por el solicitante siempre que sean razonables y necesarios”.

⁵⁶⁸ La norma establece que: “1. El Fiscal deberá notificar a la Sala de Cuestiones Preliminares la información presentada conforme a la subregla 1 de la regla 50, incluyendo la fecha en que se presentó la información. 2. El Fiscal deberá informar al Secretario de su decisión de no abrir una investigación o de no proceder a un enjuiciamiento conforme a los párrafos 1 y 2 del artículo 53 respectivamente, y deberá proporcionarle toda la información pertinente para que el Secretario a su vez la notifique a las víctimas según se dispone en la subregla 2 de la regla 92”.

⁵⁶⁹ Por justicia transicional entendemos el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Ente ella figuran las acciones penales, las comisiones de verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.

hay en el ER a “los intereses de la justicia”⁵⁷⁰, deben ser interpretados como el interés de las víctimas a conocer la verdad y a un juicio justo⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Por ejemplo el art. 65.4 ER.

⁵⁷¹ Vid. DONAT-CATTIN, DAVID, op. cit. págs. 254 a 256.

1.4.- Consideraciones sobre el estatus de la víctima regulado en el ER

Como consecuencia del recorrido histórico-normativo que acabamos de examinar, puede hacerse la siguiente valoración crítica:

1) Hay un reconocimiento tardío de la víctima, en el marco de un proceso que aún sigue abierto.

Si bien el punto de partida se encuentra al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento de la víctima en el ámbito de los procesos penales internacionales es fruto de un desarrollo compartimentado y marcado por las interrupciones⁵⁷². Compartimentado, porque la toma en consideración del individuo como víctima, dentro del amplio espectro jurídico, comenzó a darse en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional⁵⁷³. Saltando al plano de los ordenamientos jurídicos internos, también se constata la estenosis del planteamiento. Por una parte, no ha de extrañarnos el inicio de este movimiento en el espacio temporal, pues es al finalizar la Segunda Guerra Mundial cuando se toma verdadera conciencia de infracciones que constituyen victimizaciones masivas. De esta manera, como ha puesto de relieve REYNALD OTTENHOF, “las víctimas no son simplemente el resultado provocado por los actos punibles, son su objeto principal, el fin mismo perseguido por sus autores”⁵⁷⁴.

Pero esa concienciación no empieza a materializarse hasta la década de los 80, verdadero vórtice en el que encontramos abundante normativa, entre la que puede destacarse:

1) En el ámbito de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Resolución 40/34, adoptada el 29 de noviembre de 1985, que contiene la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder”; la Resolución 45/173, de 9 de diciembre de 1988, que contiene el conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; la Resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989, por la que se aprueban los

⁵⁷² Las interrupciones han sido fruto de favorecer la paz y seguridad internacional frente a las de la víctima. No podía ser de otra manera, pues tal es el espíritu de la Carta de San Francisco.

⁵⁷³ Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, op. cit. pág. 4. Además, como hemos resaltado, de manera diferente en cada una de esas ramas.

⁵⁷⁴ Vid. OTTENHOF, REYNALD: “Situación de las víctimas ante jurisdicciones penales internacionales” en el cuaderno EGUZKIOLORE (Universidad del País Vasco), núm. 27, San Sebastián, 2013, pág. 4.

Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias; la Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, que contiene la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; o, por escoger alguna más de entre las numerosas resoluciones de la AG, la Resolución 49/185, de 23 de diciembre de 1994, adoptada bajo la rúbrica “Derechos Humanos y terrorismo”, que contiene numerosas referencias a las víctimas del terrorismo.

2) En el ámbito del Consejo de Seguridad, puede destacarse la Resolución 1566 (2004), adoptada el 8 de octubre de 2004, que contempla la creación de un Fondo Internacional de Indemnización de víctimas del terrorismo. De la Comisión de Derechos Humanos – seguimos en el ámbito general de la ONU-, puede citarse la Resolución 2005/35, de 19 de abril de 2005, que contiene los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos), puede citarse el “Estudio sobre el derecho a la verdad. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos” de 9 de enero del 2006.

3) En el importante espectro de los tratados internacionales –y sin ánimo de ser exhaustivos-, además de los ya examinados, pueden significarse los siguientes: Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965; Convención sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de diciembre de 1989; Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999; o la Convención sobre desapariciones forzadas, de 6 de febrero de 2007.

4) En el marco de la UE⁵⁷⁵, puede traerse a colación –a efectos igualmente ilustrativos–, la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; la Directiva 2004/80/CE, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas del delito; la Resolución del Parlamento Europeo relativa a los desaparecidos en Chipre, de 11 de enero de 1983; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Como normas institucionales del Consejo de Europa, pueden traerse a colación las siguientes: Resolución 77 (27) del Comité de Ministros, sobre indemnización a las víctimas de delitos; Recomendación núm. R (85) 11 del Comité de Ministros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal; Recomendación núm. R (87) 21 del Comité de Ministros, de 17 de septiembre de 1987, dirigida a los Estados miembros sobre la asistencia a las víctimas y a la prevención de la victimización; Recomendación núm. R (93) 1 del Comité de Ministros, relativa al acceso efectivo al Derecho y a la justicia de las personas en situación de extrema pobreza; las llamadas “Líneas directrices sobre la protección de las víctimas de actos terroristas, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2 de marzo de 2005; o la recomendación (2006) 8 del Comité de Ministros, de 14 de junio de 2006, relativa a la asistencia a las víctimas de delitos, que sustituye la Recomendación núm. R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987.

5) En el ámbito europeo de tratados internacionales, además del Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 14 de noviembre de 1950 y la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, pueden traerse a colación los siguientes: Convenio núm. 116, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos; Convenio europeo sobre la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005; o el Convenio para la protección de los derechos humanos y dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997.

⁵⁷⁵ En relación a un análisis de la jurisprudencia del TJUE, existen abundantes aportaciones realizadas por Montserrat de Hoyos Sancho. A estos efectos vid. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas”, en Diario La Ley núm. 8955, 2017. Sobre la misma autora vid. también: “La armonización del estatuto de las víctimas en la Unión Europea”, en “Garantías constitucionales y Derecho penal europeo”, coord. MIR PUIG, SANTIAGO, ed. Marcial Pons, 2012, págs. 409 a 423.

Centrándonos en España, CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE destaca la tardanza en abordar la situación en relación con las víctimas del terrorismo, tanto tiempo olvidadas, pues han tenido que transcurrir muchos años hasta que la sociedad, en general, y el Estado que emana de aquella, en particular, hayan tomado conciencia de la necesidad de reconocer y atender a las víctimas⁵⁷⁶. Cabe destacar, en este sentido, el esfuerzo hecho por MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO a la hora de efectuar un análisis de derecho comparado, en el que, entre otras muchas cuestiones se subraya esa apreciación⁵⁷⁷. Así, no es hasta 1995 cuando comienzan a surgir textos legislativos referentes a las víctimas, haciendo alusión a dicha categoría. De esta manera, puede destacarse la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y las víctimas de delitos contra la libertad sexual; más adelante, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo; posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2014, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género; y, por último, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Estos últimos textos legislativos, junto con la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁵⁷⁸, han propiciado la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Sobre su contenido nos detendremos más adelante; baste decir ahora que su vocación es la de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, trasladando las demandas de la Directiva Comunitaria y las especialidades de la sociedad española.

Este recorrido permite afirmar dos cuestiones. La primera es que, aunque el proceso de protección de la víctima ha sido lento, dicha ralentización ha obedecido –tristemente–, a cierta lógica, pues primero se blindaron los derechos (sobre todo en el ámbito

⁵⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS: “Las víctimas y el Derecho Internacional”, AEDI, vol. XXV (2009), pág. 7.

⁵⁷⁷ Vid. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “El ejercicio de la acción penal por las víctimas: un estudio comparado”, ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2016. Sobre el desarrollo en el ámbito procesal español vid. también DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015”, en *Diario La Ley* núm. 8689, 2016; DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “Víctimas de delito y acción penal”, en “La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales”, de la que también es coordinadora, ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2017, págs. 79 a 98; DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “La víctima del delito y las últimas reformas procesales”, ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2017.

⁵⁷⁸ Sustituida después por la Directiva 2012/29/UE.

europeo), y después se centró la atención en la víctima. El problema radica en que en el espacio abarcado por el Derecho Internacional Humanitario, se mantiene la resistencia al acceso de pleno de la víctima al proceso, por lo que su protección no es plena. El TPIY y el TPIR deberían haber servido de experimento para su posterior incorporación al proyecto de la CPI obviamente, articulando fórmulas que evitasen el colapso del tribunal pero no se ha hecho así. El carácter, novedoso y joven de la CPI, unido al pragmatismo de aquellos de aquellos que ya veían su gestación como algo inédito, propició -sobre un paso que se consideraba arriesgado- el conformismo para unos y la postergación del proyecto para otros.

La segunda cuestión es que el concepto de víctima está plasmado en una pluralidad de normas de distinta naturaleza jurídica y en un ámbito territorial demasiado amplio, lo que ha provocado que su reflejo normativo haya sido asumido con extraordinaria facilidad. El ensanche de los límites del concepto también ha permitido armar la voluntad política necesaria para el posterior desarrollo normativo, primero internacional, y luego regional y nacional. Esta reflexión, que podría ser tildada de obviedad, no lo es tanto si tenemos en cuenta que actos tan en boga como pueden ser hoy en día – desgraciadamente- los de terrorismo, carecen de una definición a nivel internacional. Es decir, que aunque existen tratados para reprimir actos de terrorismo (como por ejemplo el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves), a fecha de hoy no existe a nivel NU, acuerdo alguno para definir qué es terrorismo⁵⁷⁹. Las consecuencias de que el término “terrorismo” en el plano del Derecho Internacional esté vacío de significación legal son muchas, sobre todo en materia de cooperación entre Estados, en materias como la extradición, confiscación de bienes, cooperación en el ámbito de inteligencia, etc⁵⁸⁰. Este podría haber sido el camino en la protección de la víctima; de ahí que destaquemos el consenso y la amplitud del concepto de víctima cuyos derroteros bien podrían haber sido similares al de terrorismo.

⁵⁷⁹ Vid. el manual de la OSCE: “Countering Terrorism, Protecting Human Rights”, pág 22. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/29103>

⁵⁸⁰ El ER no tiene referencias al terrorismo. Ello no impide que si se dan ciertos presupuestos, puedan constituir crímenes de lesa humanidad. Vid. a este respecto, CASSESE ANTONIO: “International Criminal Law”, Oxford (2003), págs. 120-123.

2) El estancamiento del ER.

Una mirada retrospectiva sobre la evolución del Derecho Internacional permitirá corroborar que, según ha sido indicado, es el Estado quien ha marcado la pauta de la sociedad internacional. Sin embargo, puede también constatarse que aquel ha entrado en una etapa de decadencia. Esa organización de la comunidad basada sobre el cuádrinomio: territorio, organización política, población y soberanía, ya no tiene el monopolio de la escena internacional –a pesar de que hace cincuenta años surgiesen alrededor de un centenar de nuevos Estados-, pues organizaciones internacionales y compañías internacionales, principalmente, pero también la persona física, surgen como nuevos polos capaces de redistribuir el enfoque del Derecho Internacional⁵⁸¹.

El ente objeto de análisis de estudiosos como Bodino o Maquiavelo, ideado, en parte, para superar las guerras de religión en Europa y centralizar el poder en el monarca en detrimento del feudalismo, fue el modelo estructural de organización en buena parte del mundo desarrollado. Su paulatina transformación hacia un modelo de gobierno cada vez más participativo desarrolló un Derecho Internacional que cubría las exigencias de una comunidad internacional que fue modelándose y tomando conciencia de sí misma a través, paradójicamente, de grandes confrontaciones.

En la actualidad se impone un modelo capaz de responder a los desafíos de la globalización; de ahí, en parte, la proliferación de estructuras y nuevas formas de organización política que trascienden la burocracia de cada uno de los Estados. En este punto donde podemos incardinar los controles a los propios Estados, cada vez más interdependientes, y preguntarnos si el ER ha supuesto un punto de inflexión en el marco de un movimiento que ha de tildarse de estancado. Sobre el particular, la consideración que puede hacerse es que la crisis del Estado es la crisis de la modernidad y, en este sentido las estructuras supraestatales, para legitimarse necesitan, en parte, una mayor aproximación a la persona de la que ha tenido el Estado. El ER supone un paso adelante en este engarzamiento entre una estructura situada por encima de los Estados y el individuo, y en su favor ha de destacarse el acierto del concepto de víctima, pero existe un desajuste entre el concepto y las posibilidades que comporta, por lo que puede sugerirse que los límites establecidos en el ER no han de tomarse como definitivos. Una

⁵⁸¹ Vid. a este respecto la amplia explicación de DOMINGO OSLÉ, RAFAEL: “The crisis of International Law”, en *Vanderbilt Journal of Transitional Law*, vol. 42 (2009), págs. 1552 y siguientes.

manifestación concreta de esta idea es volver al hecho de que la víctima carece de legitimación activa, cuestión que será analizada más adelante. Baste por ahora resaltar que, la simple participación de la víctima no es suficiente; es necesario articular medios que permitan a los sujetos pasivos de la acción delictiva la posibilidad de iniciar de distinta forma el mecanismo de la CPI.

3) El problema de las víctimas indirectas.

Si por víctima directa se ha considerado aquella persona que ha sufrido el daño directo como resultado de la comisión de un crimen competencia de la CPI, por víctima indirecta incluimos a toda aquella que sufre un daño como resultado del daño sufrido por las víctimas indirectas. Para estas últimas también es necesario el nexo causal entre el crimen imputado y el daño causado. Más aún, las víctimas indirectas deben probar que, como resultado de su relación con la víctima directa, la pérdida, lesión o daño sufrido por esta última le produce a ellas un nuevo daño.

La SA ha indicado que la estrecha relación entre víctimas directas e indirectas – como, por ejemplo, la familiar entre padres e hijos-, es condición previa para su participación como víctima indirecta. Al igual que se parte de un concepto amplio de víctima directa, también las víctimas indirectas gozan de los beneficios de la generosidad conceptual, pues el daño sufrido incluye el psicológico. El problema para esta categoría es el mismo que para las víctimas directas, pero más acentuado si cabe: la disonancia entre el concepto y las herramientas procesales necesarias para ser resarcidas como consecuencia del daño producido. Más acentuado por la imposibilidad de hacer valer un derecho por daños sufridos como consecuencia de conductas de víctimas directas que, en numerosos casos, se ven empujadas a esas acciones por el contexto en el que han sido colocadas. De ahí que esta concatenación de circunstancias necesite una respuesta cabal desde el punto de vista procesal.

2. La participación de las víctimas en el proceso penal

2.1.- Su condición de parte procesal. La cuestión problemática de la legitimación activa.

I. Los artículos 13, 14, 15, 18 y 53 del ER establecen las tres vías procedimentales a través de las cuales se inicia –en terminología del ER- la investigación. De la lectura de los mismos se deduce que el Estado (mediante remisión al Fiscal de una situación), el Consejo de Seguridad (con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de S. Francisco de 26 de junio de 1945), y el Fiscal son los facultados para comenzar una investigación y, por tanto, para activar el mecanismo de la CPI. Nada se dice, pues, de que las víctimas se constituyan en una vía más de activación.

Al tratar el proceso ante la CPI, distinguíamos una fase de examen preliminar de una fase de investigación propiamente dicha. En la primera, regulada en los artículos 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 ER, se regulan una serie de actuaciones propias, con un fin determinado, que la doctrina denomina “mecanismo de activación de la Corte”⁵⁸², que recae exclusivamente en los tres entes anteriormente citados. Sobre este primer trámite procesal vamos a centrarnos ahora. Para HÉCTOR OLÁSOLO, el elemento diferenciador más significativo entre los procesos de activación penal consiste en la distinción entre “situaciones” de crisis y “casos”⁵⁸³. La “situación” de crisis (mencionada en los arts. 13 a) y b), 14.1, 15.5 y 6, 18.1 y 19.3 ER) haría alusión a situaciones excepcionales no estructurales⁵⁸⁴.

Continuando con dicho razonamiento, se diferenciaría la “situación” del “caso”, “causa” o “asunto”, en que haría referencia a un hecho concreto aparentemente constitutivo de algún delito competencia de la CPI. La expresión “caso”, “causa” o “asunto” aparece, entre otros, en los arts. 15.4, 17.1 y 2, 19.1 y 2 y 53.1 b) ER. Sobre esta distinción planea el fundado temor de una Fiscalía politizada, y la necesidad de

⁵⁸² Vid. OLÁSOLO, HÉCTOR: “Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación”, ed. Tirant lo Blanch (2003), Valencia, págs. 392 y siguientes.

⁵⁸³ Vid. OLÁSOLO, HÉCTOR, op. cit, pág. 393.

⁵⁸⁴ Dicho autor pone como ejemplos concreto de “situaciones” de crisis los conflictos bélicos de la ex - Yugoslavia y Sierra Leona a partir 1991, o las graves violaciones de DIH en Ruanda y sus Estados fronterizos entre el 6 de abril de 1994 y julio de 1994. También cita las violaciones en Timor Oriental durante los 30 días siguientes a la celebración del referéndum sobre la independencia de la región el 30 de agosto de 1999. Todas estas situaciones se definirían a través de parámetros personales, temporales y territoriales.

controlar a ésta, función que corresponde a la SCP. Pero el peligro de la politización de la Fiscalía es el peligro, a *sensu contrario*, de politización de la CPI. Esto quiere decir que una Fiscalía sin iniciativa propia y totalmente controlada conllevaría también una politización de la CPI, pues los Estados Parte o el Consejo de Seguridad se situarían en una posición de privilegio al decidir qué información le llega a los órganos que componen la CPI, pudiendo decidir qué situaciones llegarían a la CPI y cuáles no y, por tanto, en que supuestos podrían o no ejercer su competencia. De ahí también que la distinción doctrinal entre “situaciones” y “casos” sea válida para explicar este fenómeno: la pretensión de activación del mecanismo de la CPI por los Estados Parte y el Consejo de Seguridad solo debe recaer sobre “situaciones” y no sobre “asuntos”. Así, los apartados a) y b) del art. 13 establecen que:

“La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”.

Esta distinción entre situaciones y casos, proyectada a las víctimas, lleva a afirmar que la víctima de la situación es de aplicación en el proceso de activación⁵⁸⁵ y en la fase preprocesal de investigación de una situación⁵⁸⁶, y engloba a todas aquellas personas físicas o jurídicas a las que alude la regla 85 RPP dentro de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de crisis en cuestión⁵⁸⁷. En cambio,

⁵⁸⁵ Es decir, el mecanismo de activación de la Corte que ha sido explicado.

⁵⁸⁶ Conflicto delimitado en el espacio y en el tiempo.

⁵⁸⁷ Héctor Olásolo, en otra publicación, pone el clásico ejemplo de la situación del conflicto ocurrido en la antigua Yugoslavia entre 1991 y 1995, sin que sea real por no haber sido aprobado el ER en esa fecha. Vid. “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, diario La Ley, núm. 6343, 20 de octubre de 2005, pág. 2. Concretamente, podrían personarse en las actuaciones en su condición de víctimas de situación: a) todas las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de alguno de los delitos previstos en el ER que hubiesen sido cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia entre 1991 y 1995; b) las organizaciones e instituciones que, como consecuencia de tales delitos, hayan sufrido el daño previsto en la regla 85 RPP.

con víctimas del caso nos referimos aquellas personas físicas, instituciones u organizaciones que hayan sido objeto del daño al que alude la regla 85 RPP, en los incidentes específicos que constituyen los fundamentos de hecho de la orden de arresto o comparecencia de que se trate, y que posteriormente constituirán los fundamentos de hecho de la decisión de confirmación de cargos⁵⁸⁸.

II. La distinción anterior entre víctimas de la situación y víctimas del caso, es importante desde el punto de vista procesal. La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación la encontramos, a grandes rasgos, regulada en el art 15 ER, y en las reglas 50, 92, 93, 107 y 109 RPP. Su papel, *a priori*, parece quedar reducido a la posibilidad de remitir a la Fiscalía “asuntos” concretos que parezcan constitutivos de alguno de los delitos competencia de la CPI. Esta remisión se haría al amparo del art. 15.1 ER, y estarían facultadas no solo las víctimas, sino cualquier persona física o jurídica, pues el artículo no establece ninguna limitación:

“El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte”.

En suma, los Estados Parte han atribuido a la CPI la facultad de investigar, enjuiciar y condenar hechos respecto de un estado latente (denominado por la doctrina como jurisdicción abstracta de la CPI)⁵⁸⁹. Para que esas facultades puedan ser ejercitadas, ha de activarse previamente, lo que hace alusión a situaciones de crisis determinadas; y para que pueda activarse la jurisdicción abstracta respecto a situaciones de crisis concretas, han de concurrir determinados presupuestos de activación recogidos en los arts. 15, 16 y 53 ER, así como en la regla 48 RPP⁵⁹⁰. Estos presupuestos de activación desembocan en el proceso de activación, proceso en el que se pueden distinguir tres cauces, dependiendo de quién introduzca la pretensión: Estado Parte, Consejo de

⁵⁸⁸ Ibídem. Sería, por ejemplo, la orden de arresto de un criminal de guerra concreto, por los delitos cometidos en un espacio físico y fecha concretos, referidos obviamente a una situación específica.

⁵⁸⁹ Ibídem.

⁵⁹⁰ Como sabemos, se reconduce a constatar los fundamentos de la información aportada, la competencia material del art. 17 ER y el interés de la justicia.

Seguridad, Fiscalía⁵⁹¹. Ello no es sino el reflejo de la potestad atribuida a la CPI para declarar, a instancia de los tres entes reseñados, la concurrencia o no de tales presupuestos, y poder activar la jurisdicción abstracta de la CPI en relación a una situación concreta⁵⁹².

III. Para paliar de alguna manera esta ausencia de la víctima, se ha ideado una suerte de legitimación “mediada” o indirecta de las víctimas de situación⁵⁹³, una especie de cauce participativo supeditado a la actuación de otros actores, de modo que pueda facultar así su intervención en el proceso de activación; cuestión que también ha sido estudiada por SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI, que presidió la CPI entre 2015 y 2018⁵⁹⁴. La subregla 2 de la regla 92 RPP⁵⁹⁵, establece la notificación a las víctimas para que puedan participar en las actuaciones, de conformidad con la regla 89. Es decir, que en los procedimientos de activación a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad, debe notificárseles a las víctimas el rechazo de la Fiscalía a la propuesta de activación conforme al art. 53 ER. Según la norma 87 RC, es la Secretaría quien debe realizar esta notificación, dirigiéndose a las víctimas de la situación o a sus representantes legales⁵⁹⁶. Cabe preguntarse por el sentido y la utilidad de esta notificación a la víctima, cuando actores tan determinantes como el Consejo de Seguridad o un Estado Parte han visto desestimadas sus pretensiones de activación. Un

⁵⁹¹ Incluye la previa denuncia del particular.

⁵⁹² Sobre el papel de las víctimas y derechos humanos vid. MOLOEZNİK PANIAGUA, GERARDO: “La Corte Penal Internacional: el papel de las víctimas y los derechos humanos”, en *Letras jurídicas: revista electrónica de derecho* núm. 5, 2007, consultado en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas> en fecha 21 de enero de 2019.

⁵⁹³ Vid. también GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA: “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿efectiva realización de los derechos de participación y reparación”, en “La influencia de las víctimas en tratamiento jurídico de la violencia colectiva”, coord. GIL GIL, ALICIA, ed. Dykinson, 2017, págs. 47 a 79.

⁵⁹⁴ Vid. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, SILVIA: “El acceso de las víctimas a la Corte Penal Internacional”, en “La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana”, ed. Casa América, 2001, págs. 164 a 186.

⁵⁹⁵ Establece que: “A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará la decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el artículo 53. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate. La Sala podrá decretar que se tomen las medidas indicadas en la subregla 8 si lo considera adecuado en las circunstancias del caso”.

⁵⁹⁶ Concretamente, el apartado segundo dispone que: “El Fiscal deberá informar al Secretario de su decisión de no abrir una investigación o de no proceder a un enjuiciamiento conforme a los párrafos 1 y 2 del artículo 53 respectivamente, y deberá proporcionarle toda la información pertinente para que el Secretario a su vez la notifique a las víctimas según se dispone en la subregla 2 de la regla 92”.

sector doctrinal esboza algunas respuestas, a la espera de que la jurisprudencia de la CPI resuelva la cuestión: posibilitar a las víctimas para la remisión a la Fiscalía de información adicional relacionada con los presuntos delitos que se están denunciando; llamar la atención a las víctimas sobre la posibilidad de que se inicie el procedimiento de revisión de la Fiscalía previsto en el art. 53 a) ER; preparar la respuesta de las víctimas cuando la SCP les solicite su parecer –cuando esta actúe de oficio-, si la decisión de la Fiscalía se fundamentó en razones de oportunidad; o notificar a las víctimas la información necesaria para que, de acuerdo con la regla 103 RPP⁵⁹⁷, soliciten autorización a la SCP para presentar observaciones sobre la conveniencia de revisar de oficio la decisión de la Fiscalía fundada exclusivamente en razones de oportunidad⁵⁹⁸.

Decimos, asimismo, que es una legitimación “mediada” o indirecta porque habilita a las víctimas a participar en el proceso de revisión siempre que otros entes hayan tomado la iniciativa. Si la Fiscalía decide desestimar la pretensión de activación de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad por motivos ajenos a las razones de oportunidad, el art. 53.3 a) ER habilita a estos –no a las víctimas-, a solicitar a la SCP la revisión de la decisión de la Fiscalía. No obstante, una vez se ha iniciado el procedimiento de revisión, las víctimas sí pueden intervenir en virtud de la regla 107 RPP, bien a través de la información complementaria que puede solicitar la SCP a tal efecto, bien a por medio de la remisión a la regla 59 RPP que hace la subregla 5 de la regla 107 RPP. La regla 59 RPP, dispone en este sentido que:

“1. El Secretario, a los efectos del párrafo 3 del artículo 19, informará de las cuestiones o impugnaciones de la competencia o de la admisibilidad que se hayan planteado de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 19 a:

a) Quienes hayan remitido una situación de conformidad con el artículo 13;

b) Las víctimas que se hayan puesto ya en contacto con la Corte en relación con esa causa o sus representantes legales.

2. El Secretario proporcionará a quienes se hace referencia en la subregla 1, en forma compatible con las obligaciones de la Corte respecto del carácter confidencial de

⁵⁹⁷ Reconoce la forma de participación en su versión *amicus curiae*.

⁵⁹⁸ Vid. los apuntes a este respecto de Héctor Olásolo en el artículo citado de “La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional”, pág. 3.

la información, la protección de las personas y la preservación de pruebas, un resumen de las causales por las cuales se haya impugnado la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa.

3. Quienes reciban la información de conformidad con la subregla 1 podrán presentar observaciones por escrito a la Sala competente dentro del plazo que ésta considere adecuado”.

Por tanto, las víctimas podrán aportar las observaciones que estimen convenientes en el plazo indicado, siempre que por sí mismas o mediante sus representantes legales, se hayan comunicado con la CPI, y hayan sido notificadas a través de la Secretaría de la CPI de todas las vicisitudes resultantes de cuestiones de jurisdicción o admisibilidad⁵⁹⁹, todo ello supeditado a la acción previa del Consejo de Seguridad o de un Estado Parte, que son los habilitados para solicitar esa revisión. En consecuencia, aunque las víctimas se benefician de una participación diferenciada, esta no puede realizarse de manera autónoma sino subordinada, sin que se les reconozca una posición procesal de parte en el proceso de activación a instancia del Consejo de Seguridad o de un Estado Parte. De ahí que tampoco se encuentren legitimadas para apelar la decisión de la SCP que pone fin al procedimiento de revisión conforme a los art. 82 y 83 ER, así como la regla 154 RPP, pues únicamente se refiere a quien tiene condición de parte. En cambio, si la negativa de la Fiscalía se fundamenta en exclusivas razones de oportunidad (no redundando en interés de la justicia), la regla 109 RPP no faculta a las víctimas para intervenir en la revisión de oficio que efectúa la SCP, algo que sí pueden hacer tanto el Consejo de Seguridad como el Estado Parte⁶⁰⁰. La única posibilidad que tendrían para intervenir en este último caso, sería aportar observaciones a solicitud de la SCP, de acuerdo con la regla 93 RPP (pero nunca por iniciativa propia).

IV. Los argumentos para no dotar a las víctimas de legitimación activa, propiamente dicha, pueden ser reconducidos a tres. En primer lugar, se ha dicho desde algún sector

⁵⁹⁹ *Ibídem.*

⁶⁰⁰ La regla 109 RPP así lo establece, al manifestar que: “1) La Sala de Cuestiones Preliminares, dentro de los 180 días siguientes a la notificación prevista en las reglas 105 ó 106, podrá revisar de oficio una decisión adoptada por el Fiscal exclusivamente en virtud de los párrafos 1 c) o 2 c) del artículo 53. La Sala informará al Fiscal de su intención de revisar su decisión y le fijará un plazo para presentar observaciones y otros antecedentes. 2) Cuando sea un Estado o el Consejo de Seguridad el que haya presentado una solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares, será también informado y podrá hacer observaciones de conformidad con la regla 107”.

doctrinal que las víctimas carecen de los recursos para investigar cuáles son los parámetros personales, temporales y territoriales que definen las “situaciones” de crisis en las que se han producido los delitos que están padeciendo⁶⁰¹. Esta afirmación puede considerarse, cuanto menos, discutible. Quien con su participación activa en el proceso puede coadyuvar a la condena y recurrir una resolución judicial ante la SA, pero no iniciar el mecanismo, cuando hay actores internacionales u organizaciones de diversa índole que suelen amparar a las mismas en un primer estadio, que sí están en condiciones de hacerlo, supone una contradicción. Aun así, tampoco parece plenamente acertado afirmar que quien sufre una situación de crisis no esté capacitado para afirmar qué parámetros personales, temporales y territoriales han llevado a una situación que ha propiciado su condición de víctima, con los medios actuales.

Con la remisión de la denuncia puede aportarse documentación referente a esos parámetros pues, precisamente, con el proceso ya en curso se está en condiciones de demostrar todos. La posibilidad de que las víctimas pudiesen tener una mayor participación en el mecanismo de activación de la CPI, articulando fórmulas adecuadas, reforzaría sin duda la credibilidad de un proceso por parte de un colectivo que no halla asidero en su derecho interno, ya que su propio Estado que se ve sobrepasado bien por incapacidad, bien por haber perdido el control sobre algún grupo que delinque, bien por ser la propia estructura estatal la plataforma de perpetración.

La necesidad actual de que la víctima deba iniciar el camino procesal a través de un intermediario –la Fiscalía–, es una muestra más de la importancia que se da al hecho de corregir una situación que perturba a la paz y seguridad internacional, antes que el interés y resarcimiento de la persona ofendida. Al tratar del desarrollo de la figura de la víctima, se destacaba la evolución del Derecho Internacional, y la reubicación del papel del Estado en la comunidad internacional. También se subrayaba el papel cada vez más relevante de las personas y de las estructuras supraestatales (en este último caso como consecuencia de la globalización), y la necesidad de que éstas supiesen satisfacer las legítimas necesidades de aquéllas. Pues bien, este puede ser uno de esos casos en los que resulta particularmente importante engarzar estos dos planos y respaldar una figura, la de la víctima, que ha ido adquiriendo un protagonismo creciente en el proceso, importancia que no va a menguar.

⁶⁰¹ Vid. OLÁSOLO, HÉCTOR, op. cit. pág. 395.

Lo llamativo de este desarrollo, es que ha sido precisamente en el seno del Derecho Internacional –concretamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos– donde se ha gestado la importancia de la víctima, para ir calando posteriormente en otros estratos del ordenamiento jurídico. Así pues, puede trazarse una línea directa entre los primeros textos de la década de los ochenta del pasado siglo XX, de ahí al plano regional europeo con la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, y de ahí a la Ley 4/2015, de 27 de abril, de Estatuto de la víctima del delito, cuyo art. 3.1 nos interesa ahora destacar, por ser un artículo que recoge de manera completa todas las aspiraciones a las que puede aspirar la víctima desde el punto de vista jurídico y que, de alguna manera, traza las líneas que deberían estar presentes en todo proceso⁶⁰²:

“Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades y funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

En segundo lugar, haciendo de *advocatus diaboli*, podría alegarse que la legitimación activa de la víctima daría pábulo a la politización de la CPI. Esta afirmación se extrae de prensa y artículos de divulgación no especializados⁶⁰³. No se trataría tanto del riesgo de involucrar a la CPI en el desarrollo de un proceso que, al ser iniciado por la parte agredida, obligue a posicionarse a un tribunal penal internacional, y así, de alguna

⁶⁰² Cfr. toda la legislación española al respecto recogida en el epígrafe de “consideraciones sobre el estatus de la víctima regulado en el ER”, ubicado en el capítulo IV correspondiente a “la víctima en el proceso”. Concretamente, a modo de recordatorio, reviste especial importancia la siguiente: la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y las víctimas de delitos contra la libertad sexual; la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo; posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2014, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género; y, por último, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Estos últimos textos legislativos, junto con la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁶⁰², han propiciado la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

⁶⁰³ Vid. por ejemplo <https://es.panampost.com/hana-fischer/2018/08/25/corte-penal-internacional-2/?cn-reloaded=1> consultado en fecha 25 de noviembre de 2018.

manera, se de pie a que la comunidad internacional emita un juicio sobre un conflicto armado –por ejemplo-, sino más bien lo contrario: evitar que la Fiscalía ejerza un control sobre los presupuestos fácticos de una denuncia. Es decir, se trataría de que la SCP pudiera ejercer un mayor control de la decisión de la Fiscalía de no dar curso a la denuncia interpuesta por la víctima en el análisis preliminar para su posterior investigación y averiguación. Sería algo semejante al control que se le reconoce a la SCP en el art. 53. 2 ER. Como es natural, esto podría causar recelos en los Estados en los que se encontrasen las víctimas, pero ese punto es indiferente, pues bien asumirían las jurisdicciones estatales su prerrogativa –y se ejercería la tutela y complementariedad-, o bien conocería la CPI. En cualquier caso, la víctima tendría una mayor protección desde el punto de vista jurídico.

En tercer lugar, podría alegarse por un eventual adversario de la CPI que esta, dado el elevado número de delitos de su competencia cometidos, podría sufrir un colapso procesal. No ha sido posible aportar datos sobre cuántas denuncias han sido remitidas a la Fiscalía; en cualquier caso, un elevado número de traslados de *notitia criminis* no debería ser óbice para que esa aspiración fuese colmada mediante una adecuada estructura orgánica. A propósito de este traslado de la *notitia criminis*, según lo señalado, la actuación de las víctimas antes del inicio del procedimiento de activación mediante la remisión de información a la Fiscalía, aparece recogido en el art. 15.1 ER y la regla 49 RPP. Esta remisión únicamente promueve una obligación de comprobación por parte de la Fiscalía, que debe notificar su decisión de iniciar el mecanismo de activación o no a las víctimas de situación, de acuerdo con el art. 15.6 ER. Si la respuesta de la Fiscalía a las víctimas es la notificación de no activar el mecanismo, únicamente pueden aportar más información –con nuevos hechos o pruebas-, con el transcurrir del tiempo para un nuevo examen, de acuerdo con el art. 15.5 ER.

A la vista de lo afirmado, parece oportuno traer a colación el art. 8 de la DUDH que establece que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Si bien es cierto que la mención a la nacionalidad del tribunal es significativa, no es menos cierto que la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de NU en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), momento en el que no se concebía un tribunal penal internacional de carácter permanente. La experiencia reciente del Tribunal Militar de Núremberg no constituye un ejemplo válido, toda vez que nos encontramos en los prolegómenos del Derecho Penal Internacional, y algunos documentos de referencia –como los Convenios de Ginebra-, llegarían después. Lo que interesa, en resumidas cuentas, al citar este artículo, es destacar el derecho a recurso efectivo ante los tribunales, lo que implica, en nuestra opinión, un acceso directo.

A su vez, el art. 10 DUDH establece que:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Estos artículos sirven para subrayar que el traslado de la *notitia criminis* a la Fiscalía por parte de la víctima –y su posterior participación en el proceso-, es acorde al nivel exigido en el art. 10 DUDH, pero no al espíritu del art. 8 DUDH. Al prever el ER como titulares de la acción de activación a los Estados Parte y al Consejo de Seguridad, se relega a la persona física y jurídica –y por tanto a la víctima- a la transmisión de la denuncia a la Fiscalía, para que posteriormente obtenga información y contraste la información remitida, para decidir posteriormente si existe situación de crisis y ejercer la acción de activación. No concurren, en síntesis, las condiciones necesarias para una tutela judicial efectiva plena, por esa preponderancia estatal (ya en declive) del Derecho Internacional.

No se da una tutela judicial efectiva al modo como la entendemos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o en los ordenamientos jurídicos internos, ya que no concurren todos los elementos que deben configurar este concepto jurídico. El derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁰⁴, que prohíbe en todo caso la indefensión, tiene sus

⁶⁰⁴ Entre la abundante jurisprudencia del TEDH sobre la tutela judicial efectiva podemos citar las siguientes: STEDH de 14 de diciembre de 1999, Antonakopoulos c. Grecia; STEDH de 22 de diciembre de 2010, Deutsche Energiehandels c. Alemania; o STEDH de 10 de enero de 2017, Aparicio Navarro Reverter c. España.

antecedentes en el CEDH⁶⁰⁵. El art. 6.1 del mismo, hace alusión a que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella⁶⁰⁶.

Es decir, que en el proceso que se lleva a cabo ante la CPI encontramos elementos tales como un principio de congruencia que se manifiesta en la exigencia de correlación entre acusación y sentencia en relación⁶⁰⁷ a la respuesta judicial y las pretensiones de las partes. Encontramos también una motivación de las resoluciones judiciales –lo que excluye la arbitrariedad judicial- y que es muestra de la razonabilidad de la decisión judicial⁶⁰⁸; todo ello en una triple dirección: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en alguno de los tipos penales previstos en el art. 5 ER, y las consecuencias punitivas y penales en el caso de condena. Existe también una eficacia de las resoluciones judiciales –juzgar y hacer ejecutar lo juzgado-, lo que implica su ejecución en sus propios términos y la inmutabilidad de las mismas⁶⁰⁹. Se constata, así mismo, un doble grado de jurisdicción, que implica un sistema de recursos que habilita a la parte no conforme con la resolución judicial a acudir a una instancia superior con potestad para examinar dicha resolución⁶¹⁰, lo que en la estructura de la CPI viene representado por la SA.

Sin embargo, lo que a nuestro juicio cercena ese derecho a la tutela judicial efectiva es el acceso. El traslado de la *notitia criminis* provoca únicamente el desarrollo de activación consistente en analizar la veracidad de la denuncia, determinar los parámetros personales, territoriales y materiales que definen la situación de crisis en la que se han cometido los hechos, y verificar la concurrencia de la situación de crisis. Así se destaca en el art. 15.2 ER, que señala que:

“El fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las

⁶⁰⁵ Está recogido en el art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁶⁰⁶ Vid también el art. 14.1 del Pacto de Nueva York de 16 de diciembre de 1966.

⁶⁰⁷ En la legislación procesal española lo encontramos, por ejemplo, en el art. 209. 4ª de LEC, arts. 142 y 172 LECrim, o los arts. 85 y 88 LOPJ).

⁶⁰⁸ En nuestro ordenamiento jurídico puede encontrarse en el art. 120.3 CE.

⁶⁰⁹ Un reflejo en nuestro derecho interno puede ser el art. 18 LOPJ.

⁶¹⁰ Vid. a este respecto el art. 45 del Pacto de Nueva York.

organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos y orales en la sede de la Corte”.

Sobre el contenido y formalidades de la denuncia en sí, nada señala ni el ER, ni las RPP, por lo que su forma –oral o escrita- y contenido es libre, mientras vaya dirigido a la Fiscalía. Una vez que esta haya realizado las diligencias de activación, existe la obligación de notificar al denunciante sobre la decisión de ejercer o no su activación. Así lo dispone el art. 15.6 ER:

“Si después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieran presentado. Ello no impedirá que el fiscal examine, a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación”.

La cuestión aquí, radica en entender que, para el sistema planteado en el ER, a diferencia de los actos de remisión de los Estados y del Consejo de Seguridad, la denuncia es el testimonio de una persona física o jurídica (víctimas, organizaciones no gubernamentales, testigos, etc.), mientras que aquéllos remiten situaciones de crisis. No existe en este proceso –desde el prisma de la víctima-, como bien puede deducirse, algo parecido al acusador particular de nuestro derecho interno⁶¹¹, esto es, una persona ofendida por un delito que ejerce una acción penal, y eventualmente la civil, contra el imputado en procesos públicos. Por eso, la información de la víctima o traslado de la *notitia criminis* no es la forma de ejercicio de la acusación particular⁶¹² en el sentido de configurarse como una querella o intervención adhesiva en la forma en la que se

⁶¹¹ El art. 110 LECrim dispone que: “Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante”.

⁶¹² Al modo en que vendría regulado en los artículos 110, 270 y 761 LECrim y artículos 127 y 135 de la Ley Orgánica 2/1989.

produce antes del trámite de calificación del delito. Aquí la víctima no es conceptuada, en síntesis, como un acusador particular titular de los derechos fundamentales que integran el proceso justo, con un ofrecimiento de acciones⁶¹³, puesto que no existe el llamado *ius ut procedatur*, que en puridad quiere decir que se obliga a los tribunales a posibilitar el libre acceso de las partes al proceso⁶¹⁴.

Analizada la peculiaridad de este traslado de información por parte de la víctima, y la relación de esta remisión con la tutela judicial efectiva, retomamos el hilo argumentativo con el ER. Las diligencias que realiza la Fiscalía conforme al art. 15.2 ER, como se ha apuntado, tienen por objeto verificar los hechos denunciados en una situación de crisis, todo ello como antesala de la activación. En estas diligencias de verificación se incluyen todas las previstas en el art. 93.1 ER⁶¹⁵, con especial aplicación a la identificación y búsqueda de personas y objetos, así como tomas de declaración. Si el Fiscal considerase que alguno de estos testimonios no va a poder reproducirse posteriormente, puede solicitar a la SCP, de acuerdo con la regla 47 RPP⁶¹⁶, que adopte las medidas necesarias

⁶¹³ Vid. art. 109 bis LECrim.

⁶¹⁴ Entre la abundante jurisprudencia del TC sobre el *ius ut procedatur* podemos citar la siguiente: STC 37/1993, de 8 de febrero; STC 41/1997, de 10 de marzo; STC 10/2016, de 7 de marzo; o, STC 26/2018, de 13 de abril.

⁶¹⁵ El art. 93.1 ER señala que: “Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en la presente Parte y con los procedimientos de su derecho interno, deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de:

- a) Identificar y buscar personas u objetos;
- b) Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y producir pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte;
- c) Interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento;
- d) Notificar documentos, inclusive los documentos judiciales;
- e) Facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos;
- f) Proceder al traslado provisional de personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7;
- g) Realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes;
- h) Practicar allanamientos y decomisos;
- i) Transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales;
- j) Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas;
- k) Identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y
- l) Cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte”.

⁶¹⁶ Concretamente, la subregla 2 de la regla 47 RPP establece que: “El Fiscal, cuando considere que existe un riesgo grave de que no sea posible que se rinda el testimonio posteriormente, podrá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares que adopte las medidas que sean necesarias para asegurar la eficacia y la integridad de las actuaciones y, en particular, que designe a un abogado o un magistrado de la Sala de Cuestiones Preliminares para que esté presente cuando se tome el testimonio a fin de proteger los derechos de la defensa. Si el testimonio es presentado posteriormente en el proceso, su admisibilidad se regirá por el párrafo 4 del artículo 69 y su valor probatorio será determinado por la Sala competente”.

para asegurar la eficacia e integridad de las mismas. Este último punto actuaría como una suerte de complemento a la prueba preconstituida regulada en los artículos 18.6, 19.8 (a) y 56 ER.

Por el resto de actividades a realizar por parte de la Fiscalía, hemos de remitirnos, en términos generales, a la parte IX del ER, que regula las formas de cooperación judicial entre la CPI y los Estados Parte. Con ocasión de esta cooperación judicial, entramos en una cuestión problemática que vuelve a incidir de manera directa en la tutela judicial efectiva. ¿Qué ocurre si un Estado Parte no coopera de manera acorde a los fines del ER? No ha de perderse de vista que, frecuentemente, son las personas que ostentan (o han ostentado) cargos de responsabilidad en un Estado, las que suele aparecer como responsables directos o indirectos, en la preparación y ejecución de acciones delictivas competencia de la CPI. Este es, sin duda, un aspecto que en nada favorece a la víctima, pues debe resolverse desde un punto de vista más político que jurídico, que podría terminar con la retirada de un Estado del ER, ya que constituyen relaciones entre un organismo internacional y un Estado.

Una vez realizadas todas esas diligencias, la Fiscalía debe concluir como establece el art. 15.3 ER, si “existe fundamento suficiente para abrir una investigación”. Sobre qué debe entenderse por “fundamento suficiente”, es la regla 48 RPP la que arroja luz sobre la cuestión:

“El Fiscal, al determinar si existe fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, tendrá en cuenta los factores indicados en el párrafo 1a) a c) del artículo 53”.

Si ponemos conexión esta regla con lo dispuesto en el art. 53.1 ER, deduciremos que el Fiscal habrá de tener en cuenta si:

a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte.

b) La causa es o sería admisible de conformidad con el art. 17.

c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

A mayor abundamiento, se vuelve a incidir en el concepto de tutela judicial efectiva mediante la siguiente construcción: mientras el art. 53.1 ER contiene una redacción encaminada a que la Fiscalía active el proceso (de manera provisional o definitiva) si la pretensión llega de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad, el art. 15.3 –cuando es una persona física o jurídica– lleva a concluir que la Fiscalía solo ejercería la activación si *“llega finalmente a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación”*, y, en su caso, *“presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una solicitud de autorización para ello”*. El art. 15.3 ER también exige a la Fiscalía que remita *“la documentación justificativa que haya reunido”*. Se exige, pues, una solicitud escrita y su presentación a la SCP, junto con la documentación de su razón. En el escrito deben consignarse los parámetros personales, temporales y territoriales de la situación de crisis. Mediante este acto, se iniciará, propiamente, el procedimiento de activación de la Fiscalía.

Si por el contrario, la Fiscalía estima que no procede activar el mecanismo, ha de notificárselo a quien remitió la información, en los términos expresados en la regla 49 RPP:

“1. El Fiscal se asegurará con prontitud de que se informe de las decisiones adoptadas con arreglo al párrafo 6 del artículo 15, junto con las razones a que obedecen, de manera que se evite todo peligro para la seguridad, el bienestar y la intimidad de quienes le hayan suministrado información con arreglo a los párrafos 1 y 2 del artículo 15 o para la integridad de las investigaciones o actuaciones.

2. La notificación indicará además la posibilidad de presentar información adicional sobre la misma situación cuando haya hechos o pruebas nuevos”.

Las decisiones del Fiscal no pueden, en el caso de los denunciantes, ser recurridas por estos ante la SCP o la SA. Esto pueda ser, insistimos, una manifestación más de esa idea ya reseñada sobre la relación entre la tutela judicial efectiva y la CPI, puesto que el denunciante se ve relegado a insistir a la Fiscalía mediante la presentación de nuevas pruebas.

Otra expresión del tratamiento dispar que recibe la víctima en lo que a la activación del proceso atañe, lo encontramos en el contenido de la regla 50 RPP. Mientras que en los procesos de activación a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad no existe un trámite de audiencia respecto de las víctimas, a la vez que se realiza el juicio de oportunidad del órgano que decide su apertura⁶¹⁷, no ocurre -inexplicablemente-, lo mismo cuando la pretensión parte de la Fiscalía. Si enlazamos el art. 15.3 ER ya citado con las subreglas 1 y 3 de la regla 50 RPP⁶¹⁸, llegaremos a la conclusión de que se dispensa a unos y otros un trato marcadamente distinto.

Abstrayéndonos ahora de la problemática particular de la activación del proceso y las víctimas –en donde en las consideraciones del presente capítulo intentaremos plantear una alternativa-, puede resultar ahora conveniente rescatar algunas decisiones de la SCP de la CPI sobre la participación de las víctimas en el procedimiento, desde un enfoque general. Además de la normativa prevista al efecto⁶¹⁹, podemos extraer, concretamente, las siguientes:

-“De conformidad con el art. 68.3 del Estatuto, la Sala considera que las víctimas pueden presentar sus opiniones e inquietudes en la fase de investigación de la situación referente a la República Democrática del Congo, una vez la Sala les haya otorgado el estatus de víctima”⁶²⁰.

⁶¹⁷ De acuerdo con esa ponderación entre la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y el interés general de la justicia previsto en el art. 53.1 c) ER).

⁶¹⁸ Las subreglas 1 y 3 de la regla 50 señalan respectivamente lo siguiente:

“El Fiscal, cuando se proponga recabar autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, lo comunicará a las víctimas de las que él o la Dependencia de Víctimas y Testigos tenga conocimiento o a sus representantes legales, a menos que decida que ello puede poner en peligro la integridad de la investigación o la vida o el bienestar de las víctimas y los testigos. El Fiscal podrá también recurrir a medios generales a fin de dar aviso a grupos de víctimas si llegase a la conclusión de que, en las circunstancias especiales del caso, ello no pondría en peligro la integridad o la realización efectiva de la investigación ni la seguridad y el bienestar de las víctimas o los testigos. El Fiscal, en ejercicio de estas funciones, podrá recabar la asistencia de la Dependencia de Víctimas y Testigos según corresponda” y “Tras la información proporcionada de conformidad con la subregla 1, las víctimas podrán presentar observaciones por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares dentro del plazo fijado en el Reglamento”.

⁶¹⁹ Viene reflejada en los artículos 15.3, 19.3, 68, 75.3, 87.4, 93.1 j) del ER; las reglas 16, 69, 70 a 73, 87 a 91, 94, 95, 97 a 99, 101, 132.2, 136, 139, 143, 144.1 y 2, 145, 191, 217 y 221 RPP; arts. 21.8, 24.2, 28.1 y 2, 31.1 y 2, 54, 79.2 y 3, 86.1 y 2, 86, 88 y 117 c) del RC; arts. 64.4, 66.4, 99.2 y 4 y 109.3 del RR.

⁶²⁰ Vid. ICC-01/04-164, SCP I, 7 de julio de 2006, párr. 3.

- “El Juez Único adopta un enfoque sistemático consistente en la clara determinación referente a los derechos procesales que pueden ejercer los que gozan del estatuto procesal de la víctima en la etapa previa al juicio”⁶²¹.

- “Las víctimas que no deseen presentar sus opiniones y preocupaciones de manera individual y directa a la Cámara, sino que más bien quieran expresarlas a través de una representación legal común, no estarán obligadas a presentar una solicitud de conformidad con la subregla 1 de la regla 89. Sin embargo estas víctimas pueden, si lo desean, inscribirse en el registro indicando sus nombres, contacto, e información del daño sufrido. El registro incluirá los datos de las víctimas en una base de datos que administrará y pondrá a disposición del Representante Legal Común”⁶²².

Con estos ejemplos se pretende introducir los siguientes epígrafes, dado que muestran el cambio de perspectiva que hay respecto de la víctima. Donde antes había un trazado novedoso pero no fácil para la víctima para iniciar el proceso, ahora encontramos un camino expedito en el ejercicio de los derechos procesales, una vez que el proceso está ya iniciado.

V. Por lo expuesto en los párrafos anteriores, creemos útil proponer un ensanchamiento de los límites procesales, sin perder de vista axiomas que a día de hoy se muestran difícilmente reconciliables. Principalmente hemos de apuntar dos ejes: seguridad internacional-interés de la justicia (y la compleja evaluación de la misma), y principio de oportunidad-principio de legalidad. Escapar de la esfera de la seguridad internacional y del principio de oportunidad, supone a día de hoy un *desideratum*, por lo que las proposiciones que a continuación se hagan deberán ir encajadas en los mismos. De ahí que las siguientes propuestas vayan encaminadas al examen e impugnación de decisiones de la Fiscalía, pero no a conceder la legitimación activa a la víctima, al objeto de evitar el colapso de una institución que carece de la estructura –y confianza de los Estados- para ejercer de manera práctica dicho reconocimiento. En este sentido, hemos de reconocer y poner en alza los cometidos de la Fiscalía, cuyo origen como

⁶²¹ Vid. ICC-01/04-01/07-474, SCP I, 13 de mayo de 2008, párr. 49.

⁶²² Vid. ICC-01/09-01/11-460, Sala Juicio V, 3 de octubre de 2012, párr. 49.

acusación pública lo encontramos con la aparición⁶²³ de las monarquías nacionales en el siglo XVI, momento en el que se adquiere conciencia de que el delito no sólo perjudica a quien lo sufre, sino también al conjunto de la sociedad, por cuanto supone una vulneración del ordenamiento jurídico estatal y una alteración del orden social⁶²⁴. Esa misma función fue desempeñada, en relación con los monarcas, por los procuradores fiscales del Derecho medieval. Por el contrario, no tenía un papel relevante en los procesos penales: en ellos, la acusación la ejercían los propios ofendidos por el delito, colaborando los jueces en la investigación de los hechos enjuiciados⁶²⁵. La asunción de esas funciones y el asentamiento de su labor desde que entró en vigor el ER, hacen constatar una aceptable consecución de los fines establecidos en el art. 15 ER.

La acusación particular, en términos generales, fundamenta su existencia en razones de justicia, y en la protección de la legalidad⁶²⁶, si bien esta afirmación en el caso de la CPI debe matizarse bastante⁶²⁷. Al pertenecer el *ius puniendi* a unos Estados que ratifican un Estatuto para esquivar la impunidad tradicionalmente asociada a determinado tipo de delitos, observamos como los mismos han facultado a la Fiscalía para ejercitar ese *ius puniendi* a través de la acción penal cuando concurren los requisitos que se recogen en este trabajo. En este punto se pone claramente de manifiesto cómo se deja al margen un posible desarrollo de un derecho subjetivo privado en relación a una acusación particular en un proceso penal.

Así las cosas, asentado el estatus de legitimación mediada, las mejoras del estatuto procesal de la víctima deberían ir encaminadas –en primer lugar- a la articulación de un recurso que habilite a las víctimas a impugnar las denegaciones de la Fiscalía cuando ha habido un traslado de la *notitia criminis*, en aras de reforzar la tutela judicial efectiva (todavía supeditada a la seguridad internacional). Ello requeriría cambiar la dicción del art. 15.6 ER y la regla 49 RPP, o la introducción de un nuevo artículo y regla. Implicaría, por tanto, la posibilidad de que la SCP examinase la pertinencia de la actuación de la Fiscalía en las diligencias de comprobación previstas en el art. 15.2 ER

⁶²³ El precedente de esta figura se haya en el *advocatus fisci*, que era el funcionario de la Roma Imperial encargado de vigilar los intereses del patrimonio del emperador (el fisco) en aquellas causas civiles y penales en las que se dilucidaban penas económicas.

⁶²⁴ En este sentido ha de realizarse una natural trasposición a los bienes jurídicos cuya titularidad recae en la comunidad internacional.

⁶²⁵ Vid. a este respecto BANACLOCHE PALAO, JULIO y ZARZALEJOS NIETO, JESÚS, op. cit. pág. 79.

⁶²⁶ Vid. igualmente BANACLOCHE PALAO, JULIO y ZARZALEJOS NIETO, JESÚS, op. cit. pág. 85.

⁶²⁷ Naturalmente no existe la figura del acusador privado.

en relación con el art. 93.1 ER. Dado que las comprobaciones de la Fiscalía podrían implicar cooperación con los Estados para dilucidar aspectos relevantes de la *notitia criminis*, se constata la ausencia de un mecanismo articulado ajeno a la Fiscalía, por el que se condenase una posible falta de cooperación, importante para abrir una investigación.

2.2.- El estatuto procesal de la víctima en la fase de instrucción: investigación, enjuiciamiento y audiencia de confirmación de cargos

I. La fase de investigación y enjuiciamiento en el proceso ante la CPI se corresponde con la fase de instrucción de un proceso penal como el español. Esto quiere decir, al menos desde el prisma de un sistema de corte romano-germánico⁶²⁸, que la instrucción o investigación criminal tiene por objeto⁶²⁹ averiguar y hacer constar indiciariamente la existencia del hecho delictivo, la identidad de los partícipes en el mismo, en su caso, la adopción de determinadas medidas cautelares que hagan posible la celebración del juicio oral, y, lo que es igualmente importante desde nuestra perspectiva, la protección de la víctima del delito⁶³⁰. Como líneas generales, la SCP I entiende que: “La participación de las víctimas en la fase de investigación puede servir para esclarecer los hechos, sancionar a los autores de los crímenes y solicitar la reparación de los daños sufridos, por lo tanto, la fase de investigación de una situación y la etapa de cuestiones preliminares de una causa son etapas convenientes de las actuaciones para la participación de las víctimas. Como consecuencia, existe un estatus procesal de víctima

⁶²⁸ Como veremos, esta no es exactamente la línea trazada por el ER, dado que emplea un sistema más parecido al de common law, aunque sin ser exactamente como él. Aun así encontramos algunas características del sistema romano-germánico.

⁶²⁹ Vid. a este respecto MORENO CATENA, VÍCTOR y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN: “Derecho procesal penal”, ed. Tirant lo Blanch, 2017, págs. 54 y siguientes.

⁶³⁰ En este contexto podemos destacar los artículos 299 y 777.1 de la LECrim, que señalan respectivamente: “*Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*” y “*En el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias: 1.ª Cumplirá con los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente. En particular, informará al ofendido y al perjudicado por el delito de forma escrita de los derechos que les asisten de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110. Se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela y, tanto al ofendido como al perjudicado, de su derecho a nombrar Abogado o instar el nombramiento de Abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de su derecho a, una vez personados en la causa, tomar conocimiento de lo actuado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 301 y 302, e instar lo que a su derecho convenga. Asimismo, se les informará de que, de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere. La información de derechos al ofendido o perjudicado regulada en este artículo, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y, en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso, se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos*”.

A su vez, el art. 146 de la Ley Orgánica 2/1989 afirma que: “*Constituyen el sumario las actuaciones y diligencias encaminadas al esclarecimiento y comprobación del delito, determinación de las responsabilidades exigibles y adopción de medidas precautorias respecto a la persona y bienes del presunto culpable*”.

en relación a las actuaciones en la situación y en la causa ante la Sala de Cuestiones Preliminares”⁶³¹.

Ya aludimos en su momento que esta fase procesal está regulada en la parte V del ER, y comprende los artículos 53 a 61. Como toda fase de instrucción, a la vez que se reconoce que el objetivo principal es el de concretar la imputación –determinando al mismo tiempo la viabilidad de una futura acusación en el seno del juicio oral o la pertinencia de poner fin al proceso de forma anticipada mediante su archivo o sobreseimiento-, ha de resaltarse la figura de la víctima y el papel que desempeña en dicha fase. Como nota general, puede destacarse también que, para la SCP I, “la participación de las víctimas en la fase de la investigación no pone en riesgo la apariencia de integridad y objetividad de la investigación, ni es incompatible con consideraciones básicas de eficiencia y seguridad”⁶³². En este sentido, también ha manifestado que: “El otorgar a las víctimas un estatus procesal en la etapa de cuestiones preliminares de una causa no es ni obligatorio ni está prohibido por los estándares internacionalmente reconocidos relativos a los derechos del acusado y a un juicio justo e imparcial”⁶³³.

Por otra parte, al distinguir la jurisprudencia de la CPI dentro de esta fase -según hemos analizado ya-, entre “situación” y “caso”, se muestra en este punto totalmente indispensable que la víctima haga valer el nexo causal entre la “situación”, el “caso” y su persona para acceder al estatuto que le es propio, y poder así intervenir en el procedimiento. Recordando esta distinción entre “situación” y “caso”, puede afirmarse que con el primer término aludimos a todos aquellos eventos investigados por el Fiscal sin que haya todavía un presunto culpable sobre ciertos crímenes cometidos dentro de un territorio en el que la CPI pueda ejercer su jurisdicción. Con el segundo término, nos referimos a la fase que comienza con la solicitud del Fiscal a la SCP de que dicte una orden de arresto contra alguien que presuntamente ha cometido el crimen. Estas dos fases pueden yuxtaponerse o convivir a la vez, pues mientras se emite una orden de arresto contra alguien, la investigación puede continuar mientras se comprueba la existencia de otros crímenes, o de otros presuntos perpetradores.

⁶³¹ Vid. n° ICC-02/05-111-Corr, Sala de Cuestiones Preliminares I (magistrado único), 14 de diciembre de 2007, párrs. 11 y 14.

⁶³² Vid. ICC-01/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006, párr. 57.

⁶³³ Vid. n° ICC-01/04-01/07-474, Sala de Cuestiones Preliminares I (magistrada única), 13 de mayo de 2008, párr. 72.

Para finalizar este marco general, puede indicarse que la facultad discrecional que se concede a la SCP en relación al papel de las víctimas en la fase previa al juicio, debe ejercitarse atendiendo a dos principios. De un lado, aplicando el principio general de interpretación recogido en el art. 21.3 ER⁶³⁴, y por otra, de acuerdo con el criterio interpretativo previsto en el art. 31.1 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados que afirma que:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Este *leitmotiv* es importante si tenemos en cuenta que el art. 54.1 b) ER, que se refiere a las funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones señala que:

“Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. A esos efectos, respetará los intereses y las circunstancias personales de las víctimas y testigos, entre otros, la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular de la violencia sexual, violaciones por razones de género y violencia contra los niños”.

Esta idea casa muy bien con una decisión de la SCP I, en la que se resalta que si bien el ER y las RPP proporcionan alguna indicación sobre los derechos procesales que la Sala puede atribuir al estatuto procesal de la víctima en la etapa previa al juicio, no establecen *per se* de antemano ningún derecho procesal específico distinto del derecho

⁶³⁴ Dispone que: “La aplicación e interpelación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

general a presentar solicitudes a la Sala competente⁶³⁵. En línea también con esta idea, la SCP I ha manifestado que:

“A la luz de la sentencia de la Sala de Apelaciones, no se les podrá conceder a las víctimas un derecho general a participar en la fase de investigación de una situación. Las víctimas tienen derecho, sin embargo, a participar en cualquier actuación judicial llevada a cabo en esta fase, incluidas las actuaciones que afectan a las investigaciones. La Sala no podrá por lo tanto, conceder derechos de participación a las víctimas, a menos que exista una actuación judicial en la que podrían participar. La Sala señala que el Estatuto y las Reglas prevén diversas actuaciones judiciales que pueden ser llevados a cabo en la fase de la situación: entre otras cosas, las actuaciones relativas a la revisión por la Sala de Cuestiones Preliminares de la decisión del Fiscal de no proceder con una investigación o enjuiciamiento de conformidad con el artículo 53 del Estatuto; las actuaciones relativas a la preservación de las pruebas o la protección y la privacidad de las víctimas y testigos de conformidad con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 57 del Estatuto; y las actuaciones relativas a la preservación de las pruebas en el contexto de una oportunidad única de investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 56 del Estatuto. Las víctimas pueden participar en tales actuaciones judiciales si demuestran que sus intereses se ven afectados. La Sala también toma nota de la regla 93 de las Reglas, de acuerdo con la cual la Sala podrá recabar observaciones de las víctimas o sus Representantes legales sobre cualquier tema. Las víctimas podrán participar en las actuaciones judiciales mediante la presentación de sus opiniones de esta manera también en la fase de investigación de una situación”⁶³⁶.

De ahí que, con carácter general, la parte V del ER, en sus escasas referencias a la víctima, además del art. 54.1 b) citado, en el art. 54.3 b) señale que:

“El fiscal podrá hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de la investigación, las víctimas y los testigos”.

⁶³⁵ Vid. ICC-01/04-01/07-474, SCP I (Magistrado único), 13 de mayo de 2008, párr. 56.

⁶³⁶ Vid. ICC-01/04-593, Sala de Cuestiones Preliminares I, 11 de abril de 2011, párrs. 9 y 10.

Cabe ahora preguntarse por la participación de la víctima en sentido activo. La SCP I ha indicado que: “la participación de las víctimas en la fase de investigación puede servir para aclarar los hechos, y poner las bases para castigar a los autores y solicitar una reparación del daño sufrido. Por lo tanto, la etapa de investigación de una situación y la fase previa al juicio de un caso, son etapas del procedimiento apropiadas para la participación de las víctimas. En consecuencia, existe un estatuto procesal de la víctima en relación con el procedimiento ante la Sala de Cuestiones Preliminares⁶³⁷”. Así pues, aunque no se le atribuye a la víctima ningún derecho procesal específico, sí se le reconoce un estatuto procesal propio.

A lo dicho hasta ahora cabe, añadir una apreciación importante para entender la participación de la víctima en esta fase. Mientras que los ordenamientos jurídicos que derivan del sistema romano-germánico suelen prever la posibilidad de que la víctima participe activamente en la instrucción –incluso como querellante–, los ordenamientos de la órbita del *common law* tienen un estatuto más limitado. Así, mientras que en los primeros las víctimas pueden interrogar testigos, requerir que se lleven a cabo pesquisas adicionales u ofrecer pruebas, en los segundos, las víctimas participan en el proceso a través de la llamadas “declaraciones de impacto sobre las víctimas”, donde expresan, antes del establecimiento de la pena, en qué medida han sido ofendidas por el delito⁶³⁸.

II. Con el establecimiento de la CPI, se ha producido un avance, ya que para el TPIY y el TPIR la posibilidad de participación de la víctima se reducía a la declaración testifical. Pero aunque la situación ha mejorado, nuevamente hay que destacar que su estatuto es inferior al desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente por dos razones. La primera, porque de acuerdo con el art. 68.3 ER que seguidamente veremos, se reconoce a las víctimas la participación. A pesar de este reconocimiento (segundo razón), hay notables diferencias respecto de las partes (Defensa y Fiscalía). En este sentido, las víctimas no tienen derecho a apelar decisiones de la SCP o SPI, facultad que sí se reconoce a las partes. Las observaciones que realicen ante la SA dependen también de que alguna parte haya interpuesto recurso. A su vez, la

⁶³⁷ Vid. ICC-02/05-111-Corr., SCP I (Magistrado único), 14 de diciembre de 2007, parr. 11 y 14.

⁶³⁸ Estas declaraciones de impacto son frecuentes en Estados Unidos. Vid. FUNK, MARKUS: “Victim’s rights and Advocacy at the International Criminal Court”, Oxford University Press, 2010, págs. 19 y siguientes.

participación de las víctimas en apelaciones interpuestas por las partes -como destaca tanto la jurisprudencia como la doctrina-, depende de que sus intereses puedan verse afectados en las cuestiones tratadas por la SA, que su participación sea apropiada, y que no redunde en detrimento de los derechos del acusado, o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos⁶³⁹. Se configura así, como constatan tanto ALEJANDRO KISS como HÉCTOR OLÁSOLO, entre otros, en un sistema más extenso que el que se reconoce a la víctima en un sistema afín al *common law*, y más reducido que los de corte romano-germánico⁶⁴⁰.

III. Este estatuto procesal de la víctima del que habla la SCP, pero del que ER es más escueto, comprende una posición procesal desde la que se otorgan ciertas garantías procesales, y desde la que comienza a estructurarse el argumento que favorece el nexo causal entre un crimen competencia de la CPI y un caso concreto. La SCP tiene, entre sus cometidos, garantizar los derechos y la protección de la víctima en esta fase. Así, el art. 57.3 c) ER señala que:

“Cuando sea necesario asegurar la protección y el respeto de la intimidad de las víctimas y testigos, la preservación de pruebas, la protección de personas detenidas o que hayan comparecido en virtud de una orden de comparecencia, así como la protección de información que afecte a la seguridad nacional”.

Es interesante destacar que ha surgido un interesante debate sobre la motivación de la participación de la víctima en el proceso –con especial incidencia en esta fase-, y el derecho a la verdad. A este respecto hay unas cuantas decisiones de la SCP que arrojan luz sobre el asunto. Como no podría ser de otra manera, el fin fundamental de todo proceso penal, es la administración de justicia para reparar presuntos agravios cometidos por individuos responsables, y de manera indirecta, encontrar la verdad. No obstante, en los procesos penales relativos a crímenes internacionales, como

⁶³⁹ Vid. OLÁSOLO, HÉCTOR y KISS, ALEJANDRO: “El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2010, núm. 12-13, págs. 13:1 a 13:37. Consultada en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf> consultado en fecha 15 de junio de 2017.

⁶⁴⁰ Vid. OLÁSOLO HÉCTOR y KISS, ALEJANDRO, op. cit. pág. 13:16.

consecuencia de los especiales objetivos fijados para el Derecho Penal Internacional, la verdad jurídica pasa a un primer plano. Como ha destacado la doctrina, estos fines exceden la mera determinación de la culpabilidad o inocencia de los individuos, y pueden abarcar fines tales como el “restablecimiento y mantenimiento de la paz”, la lucha contra la impunidad, eliminar del escenario político a actores peligrosos, o llevar a cabo un proceso de reconciliación nacional⁶⁴¹. El derecho a la verdad surge, pues, como un concepto jurídico en los planos nacional, regional y –sobre todo- internacional, y se refiere a la obligación de los Estados de proporcionar información a las víctimas, a sus familiares o a la sociedad en su conjunto sobre las circunstancias en que se cometieron violaciones graves de los derechos humanos. Como ha puesto de relieve YASMIN NAQVI, “se aduce que este concepto jurídico se entrecruza con los procedimientos penales internacionales en diversas formas: a veces, robustece con la intención de enjuiciar a las personas acusadas de crímenes internacionales, y otras, anula la intención en el acusado individual, para, en cambio, centrar un caso en las repercusiones generales de los juicios penales internacionales. El deseo de llegar a la verdad puede incluso utilizarse para justificar el no enjuiciamiento de ciertos presuntos infractores en situaciones de amnistía a cambio de verdad o de inmunidad de uso de la declaración”⁶⁴². El derecho a la verdad se otorga tanto a las víctimas como a sus familiares o representantes⁶⁴³.

Si conectamos el derecho a la verdad y la fundamentación de la participación de la víctima en el proceso, encontramos abundantes decisiones de la CPI sobre la justificación de dicha participación. Así podemos destacar pronunciamientos de la SCP donde el interés fundamental de las víctimas en la determinación de los hechos, la identificación de los responsables y su declaración de responsabilidad está en la base del derecho a la verdad que ostentan las víctimas de violaciones graves de derechos humanos. En un caso concreto, el Magistrado único (SCP I) observó que, cuando este

⁶⁴¹ Vid. el interesante artículo de NAQVI, YASMIN: “El derecho a la verdad en el Derecho Internacional: ¿realidad o ficción?”, en *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio de 2006, págs. 1 a 33.

⁶⁴² Vid. NAQVI, YASMIN, op. cit., págs. 2 y 3.

⁶⁴³ Vid. el “Estudio sobre el derecho a la verdad”, disponible en http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/patrimoniocultural/n-1/capitulos/06_PCE1_Derecho_verdad.pdf, consultado en fecha 10 de julio de 2017. Es un resumen de un Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

derecho debía ser satisfecho mediante un proceso penal, las víctimas tienen interés en el estado del procedimiento⁶⁴⁴.

A juicio de la SCP, es un derecho que puede ser satisfecho a través del proceso penal, lo que supone que las víctimas tienen un interés central en su resultado, y justificaría su participación. El proceso, mediante la fijación de los hechos, intenta esclarecer lo que efectivamente ocurrió, además de cubrir posibles lagunas entre las constataciones fácticas que resulten del proceso y la verdad⁶⁴⁵. Se deduce por tanto que, para la SCP, el derecho a la verdad es un concepto intrínsecamente ligado al procedimiento, pasando a un segundo plano el juicio de oportunidad procesal que dicho concepto implica. En consecuencia, la declaración de culpabilidad o inocencia –que es base de la verdad–, está fuertemente entrelazada con los derechos fundamentales de quienes ostentan el estatuto de víctima. Este interés central de la víctima en la búsqueda de la verdad solamente puede ser satisfecho si media una declaración de culpabilidad de la persona responsable de la perpetración del crimen que ha acarreado el daño, o, a *sensu contrario*, quien no es responsable de dichos crímenes es absuelto, y así se puede continuar la búsqueda de la verdad⁶⁴⁶.

IV. Esto nos lleva a un artículo particularmente importante, el art. 68.3 ER, que establece que:

“La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

⁶⁴⁴ Vid. ICC-0/04-01/07/07 474, decisión de la SCP I 13 de mayo de 2008, párr. 31 a 35.

⁶⁴⁵ *Ibidem*.

⁶⁴⁶ *Ibidem*.

Se establece de esta manera una gran discrecionalidad en el modo de actuar de la Corte, porque, como seguidamente comentaremos con decisiones concretas, queda atribuida a las Salas del tribunal la determinación de las fases del juicio en que pueden participar las víctimas, y su estatuto procesal. De la dicción del art. 68.3 ER se desprende que esa determinación del *momentum* y del estatuto que ostenten aquellas está marcada por el derecho a intervenir “*en las fases del juicio que considere convenientes*” cuando se vean afectados sus “*intereses personales*”. El segundo elemento que marca la determinación de las Salas de la CPI, es que las víctimas únicamente pueden presentar opiniones y observaciones “*de manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos*”. Interpretando este art. 68.3 ER, podemos traer a colación unos párrafos de una decisión de la SCP II, donde afirma que: “La Sala considera que el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto constituye la norma básica según la cual la participación de las víctimas puede tener lugar en las actuaciones ante la Corte. Existen también otras disposiciones del Estatuto, como el párrafo 3 del artículo 15 del Estatuto, el párrafo 3 del artículo 19 del Estatuto y el artículo 75 del Estatuto, que especifican los casos particulares en los que las víctimas tienen el derecho a participar. Sin embargo, la Sala es de la opinión de que a menos que el Estatuto permita *expressis verbis* la participación de las víctimas en etapas específicas del proceso, su participación se regirá por el marco normativo del párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto. El párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto establece ciertos criterios que deben cumplirse para que a las víctimas, que cumplan con los requisitos de la regla 85 de las Reglas, se les permita participar en las “*fases del juicio*”. Antes de examinar esos criterios, la Sala deberá en primer lugar determinar si, y en qué medida, la fase de la situación puede calificarse como una “*fase del juicio*” en el sentido del párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto. Después, la Sala tendrá que determinar (1) si la fase correspondiente es “*conveniente*”, y (2) si los intereses personales de las víctimas se ven afectados. La Sala concluye que la jurisprudencia la Corte ha sido hasta el momento consistente cuando se trata de reconocer la posibilidad de la participación de las víctimas durante la fase de la situación”.

Sin embargo, mientras las SCP I y II adoptaron una definición amplia de la noción de “*fase del juicio*” la cual abarca la situación en su conjunto, la SA distinguió entre la investigación llevada a cabo por la Fiscalía, por una parte, y las actuaciones, por otra,

afirmando que “*el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto correlaciona la participación de las víctimas y con las “fases del juicio”, un término que denota una causa judicial pendiente ante una Sala*” y que “*en contraste, una investigación no es un procedimiento judicial* “. De este modo, la SA limitó la participación de las víctimas durante la fase de la situación a las actuaciones judiciales que “*incluyen las actuaciones que afectan las investigaciones, siempre que sus intereses personales (de las víctimas) se vean afectados por las cuestiones que hayan de ser objeto de resolución*”. De ello se desprende que la SA reconoció claramente que las víctimas pueden ser autorizadas a participar en las actuaciones judiciales que tienen lugar en la fase de una situación. La Sala, en consecuencia, no ve ninguna razón para abandonar este enfoque unificado por las diferentes Salas de que las víctimas puedan participar en actuaciones relacionadas con la fase de la situación. Por lo tanto, la participación de las víctimas sólo podrá tener lugar cuando surja una cuestión que pueda requerir una determinación judicial.

Puesto que se ha establecido que las actuaciones judiciales dentro de la situación pueden calificarse como una “*fase del juicio*” en el sentido del párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto, la Sala pasará a examinar los dos criterios con arreglo a dicha disposición. Con respecto al primer criterio, la Sala debe considerar si la etapa correspondiente del procedimiento se considera “*conveniente*” para el propósito de la participación de las víctimas. Si la respuesta es afirmativa, entonces la Sala debe evaluar el segundo criterio, es decir, si los intereses personales de las víctimas se ven afectados por estas actuaciones judiciales, que será evaluado caso por caso y sólo cuando surja una cuestión que pueda requerir la determinación judicial. En la presente decisión la Sala ofrecerá escenarios a modo de ejemplo que constituyen una cuestión que conduce a actuaciones judiciales que pueden ser consideradas oportunas para la participación de las víctimas, y donde los intereses personales de las víctimas pueden verse afectados.

A este respecto, la Sala señala que hasta ahora hay una divergencia en los enfoques adoptados por las diferentes Salas de la Corte respecto de los escenarios previstos. En particular, la Sentencia de la Sala de Apelaciones de 19 de diciembre de 2008, que abordó la cuestión de la participación de las víctimas en el contexto de la situación, no dio ninguna orientación sobre los posibles escenarios que podrían dar lugar a dicha participación en la fase de situación. En su sentencia de 19 de diciembre de 2008, la SA declaró:

“Habiendo determinado que la Sala de Cuestiones Preliminares no puede otorgar el estatus procesal de víctima que entrañe un derecho general a participar en la investigación, la Sala de Apelaciones, al no tener ante sí hechos concretos, no está en condiciones de orientar a la Sala de Cuestiones Preliminares acerca de la forma en que deberían tratarse con carácter general en el futuro las solicitudes de participación en actuaciones judiciales en la fase de investigación de una situación (...)”. Por lo tanto, ante la falta de una orientación clara dada por la SA con respecto al tema en cuestión, la Sala considera que es esencial definir el marco procesal para la participación de las víctimas en la fase de la situación. Las tres hipótesis diferentes son las siguientes: (a) la Sala tiene ante sí una petición que no ha sido presentada por una de las víctimas de la situación, (b) la Sala decide actuar *proprio motu*, y (c) la Sala tiene ante sí una petición de una de las víctimas de la situación que ha presentado una solicitud de participación en las actuaciones ante la Secretaría”⁶⁴⁷.

Más allá de este art. 68.3 ER, no encontramos otras disposiciones que sirvan para determinar aún más esta amplia facultad discrecional de las Salas. Las reglas 89 a 93 RPP versan sobre representación legal y postulaciones de las víctimas, el procedimiento para solicitar permiso para interrogar testigos en las audiencias, notificaciones de las decisiones o solicitud de observaciones, pero no añaden ningún criterio más. En interpretación de estas reglas, la SCP II ha dictaminado que:

“La participación de las víctimas durante la investigación de una situación puede derivarse de la regla 93 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que permite a la Sala recabar observaciones de las víctimas o sus Representantes legales que participen con arreglo a las reglas 89 a 91 sobre cualquier cuestión y recabar observaciones de otras víctimas cuando proceda. Por lo tanto, se puede deducir que las víctimas pueden ser invitadas por la Sala para expresar sus observaciones sobre una o más cuestiones en cualquier etapa del procedimiento (incluida la fase de investigación de una situación), siempre que la Sala lo estime oportuno”⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ Vid. ICC-01/09-24, Sala de Cuestiones Preliminares II, 3 de noviembre de 2010, párrs. 7-15. Véase también ICC-01/05-31, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 11 de noviembre de 2010, párrs. 1 y 2.

⁶⁴⁸ Vid. ICC-02/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 10 de agosto de 2007, párr. 102.

V. Todo ello nos lleva a una pregunta de capital importancia para apuntalar el estatuto procesal de la víctima: ¿qué se entiende por intereses personales? De acuerdo con este artículo, la SCP ha manifestado que el análisis de los intereses personales que se ven afectados por él mismo, se lleva a cabo en relación con las distintas etapas del proceso y no con cada actividad procesal específica o elemento de prueba desarrollado en el procedimiento. Concretamente, la SCP entiende que la fase de investigación y enjuiciamiento constituye la etapa en la que se analizan si los intereses personales de las víctimas están afectadas por el art. 68.3 ER. Por eso considera que esta etapa esencial del procedimiento tiene por objeto determinar si hay pruebas suficientes que lleven a motivos sustanciales para creer que los sospechosos son responsables de los crímenes incluidos en el escrito de acusación⁶⁴⁹.

El reflejo de todo ello son las siguientes manifestaciones de la SCP:

- Esta es una etapa procesal propicia para la participación de las víctimas.
- No es necesario revisar la participación de las víctimas en esta fase cada vez que se inicia un nuevo caso.
- El estatuto procesal de la víctima existe, consecuentemente, en la etapa previa al juicio⁶⁵⁰.

En síntesis, esto no lleva a afirmar, que el concepto de “intereses personales” incluye aquellos que son comunes a todas las víctimas⁶⁵¹. La valoración de los intereses personales de la víctima se lleva a cabo en las distintas fases del proceso penal, y no con actos procesales específicos, como ya hemos comentado. En consecuencia, como bien han expresado HÉCTOR OLÁSOLO y ALEJANDRO KISS, una vez que se comprueba que los intereses personales de las víctimas se pueden ver afectados en una fase determinada, dicha fase debe ser considerada automáticamente como apropiada para que las víctimas presenten sus opiniones y observaciones, es decir, para que intervengan en las actuaciones relativas a dicha fase procesal⁶⁵².

⁶⁴⁹ Vid. ICC-01/04-01/07-474, SCP I, 13 de mayo de 2008, párr. 45.

⁶⁵⁰ Vid. ICC-02/05-121, SCP I, 6 de febrero de 2008, párr. 6, 8 y 9.

⁶⁵¹ Como pueden ser la identificación y el enjuiciamiento de los presuntos autores o el aseguramiento de las reparaciones.

⁶⁵² Vid. OLÁSOLO HÉCTOR y KISS, ALEJANDRO, op. cit. pág. 13:21.

Otras conclusiones que se extraen de dichas decisiones vienen ligadas a que el art. 68.3 ER no establece de manera previa un conjunto de derechos procesales (como pueden ser las modalidades de participación), sino que deja a la Sala –como ya hemos comprobado con las decisiones citadas–, la posibilidad de ejercicio de dichas facultades. Como consecuencia de este razonamiento, el magistrado, a la hora de singularizar el conjunto de derechos procesales vinculados al estatuto procesal de la víctima, no debe hacer una segunda valoración de los intereses personales de la víctima; por otra parte, debe garantizar que esos derechos procesales que se determinen no sean perjudiciales o incompatibles con los derechos del acusado en un juicio justo e imparcial⁶⁵³. Una vez que la Sala adopte una decisión sobre el conjunto de derechos procesales referentes al estatuto procesal de la víctima en esta etapa previa al juicio, estos quedan reconocidos respecto de todas las personas físicas y jurídicas que hayan alcanzado el estatuto procesal de la víctima⁶⁵⁴.

Otro aspecto que tampoco puede soslayarse es que, fruto de la participación de las víctimas en la etapa de investigación, el Fiscal podría solicitar a la SCP que emitiese una orden para imponer una medida cautelar. Las medidas cautelares que prevé el ER pueden ser personales o patrimoniales⁶⁵⁵. Las personales, que se concretan en una orden de comparecencia forzosa y la detención provisional, recaen sobre la persona a la que se le imputa la comisión del delito, y su finalidad es la de asegurar la comparecencia en el proceso. La patrimonial consiste en el decomiso de los bienes del acusado, que sean fruto del delito por el cual es juzgado en la CPI. Su objeto es el de asegurar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias que conlleve el proceso. Las víctimas son, la *ultima ratio* de la adopción de estas medidas, pues el art. 57.3 e) ER establece que:

“Cuando se haya dictado una orden de detención o de comparecencia con arreglo al art. 58, y habida cuenta del valor de las pruebas y de los derechos de las partes de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, recabar la cooperación de los Estados con arreglo al párrafo 1 k) del artículo 93 para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas”.

⁶⁵³ También en ICC-02/05-121, decisión de la SCP I de 6 de febrero de 2008.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

⁶⁵⁵ Vid. art. 58 ER.

VI. Cabe preguntarse cuál es, en consecuencia, el estatuto procesal de la víctima en la audiencia de confirmación de cargos. La SCP I ha indicado que las víctimas podrán participar en la audiencia de confirmación de cargos presentando sus opiniones y preocupaciones para contribuir a la persecución de los delitos presuntamente sufridos, siempre que su intervención quede ceñida al alcance de las acusaciones formuladas⁶⁵⁶. Siendo este el criterio general para la SCP I, esta vuelve a distinguir entre “víctimas anónimas” y “víctimas no anónimas” para definir el estatuto procesal en este estadio⁶⁵⁷. Para la SCP I, las víctimas pueden encontrarse legitimadas para participar bajo el anonimato si el conocimiento de su identidad puede acarrear algún peligro⁶⁵⁸.

Esta posibilidad de comparecer preservando la identidad (víctima anónima) limitaría el estatuto procesal de la víctima, no pudiendo, por ejemplo, aportar elementos de prueba que no estuviesen en la Lista de Prueba de la Fiscalía, ni interrogar testigos conforme a la subregla 3 de la regla 91 RPP⁶⁵⁹.

VII. De acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, y partiendo de la base de la importante distinción entre víctimas anónimas y no anónimas, el estatuto procesal de las víctimas no anónimas quedaría definido de la siguiente manera, de acuerdo con una importante decisión de la SCP I de 13 de mayo de 2008⁶⁶⁰:

⁶⁵⁶ Vid. ICC-01/04-01/06-462-tEN, SCP I, 22 de septiembre de 2006, párr. 5. Cfr. también con ICC-02/05-02/09-136, SCP I, 6 de octubre de 2009, párr. 16 a 20.

⁶⁵⁷ Vid. a estos efectos la exposición que realiza ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA: “Las víctimas y la Corte Penal Internacional”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014, págs. 151 a 162.

⁶⁵⁸ Se suele citar a estos efectos la situación que existió en la República Democrática del Congo, en donde la SCP I argumentó que: “El deterioro reciente de la situación de seguridad en ciertas regiones de la República Democrática del Congo ha tenido repercusiones en el abanico de medidas de protección que se encuentran en este momento disponibles y que pueden ser concedidas para proteger a las víctimas a/0001/06 a a/0003/06, quienes están en una situación particular de indefensión y viven en áreas de riesgo de la República Democrática del Congo; de manera que, en este contexto y a la luz del cuidadoso examen de cada una de las solicitudes presentadas, la preservación de la identidad de las víctimas frente a la Defensa durante las actuaciones relativas a la audiencia de confirmación de cargos constituye la única medida de protección”. Así se recoge en la decisión ICC-01/04-01/06-462-tEN, párr. 6, dictada el 22 de septiembre de 2006, en el caso de la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo.

⁶⁵⁹ Este razonamiento de la SCP I, destacado por HÉCTOR OLÁSOLO y ALEJANDRO KISS en op. cit. pág. 13:23, se inspira en el principio universal que prohíbe las acusaciones anónimas.

⁶⁶⁰ Fue dictada por la juez Sylvie Steiner en el asunto de la Fiscalía contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Vid. ICC-01/04-01/07-474.

- Derecho a que se notifique, en igual forma que a la Fiscalía y a la Defensa, todos los procedimientos públicos ante la CPI. Esto incluye la fecha de las audiencias –y posibles aplazamientos-, y la fecha en la que se haga pública la decisión.

-Derecho a la notificación, en la misma forma que la Fiscalía y la Defensa, de todas las solicitudes, presentaciones, mociones y demás documentos públicos que se presenten.

-Derecho a la notificación de todas las decisiones públicas de la Sala en los procedimientos pertinentes.

-Derecho de acceso a los documentos públicos y decisiones contenidos en el expediente.

- Derecho de acceso a las transcripciones de las audiencias celebradas públicamente en relación con el asunto.

- Derecho de acceso a todas las pruebas aportadas por la Fiscalía y la Defensa, de conformidad con el art. 121 RPP. El acceso a las mismas debe ser en el mismo formato, es decir, acceso a la redacción, no al resumen o actualización.

-Derecho a hacer una declaración al comienzo de la audiencia de confirmación de cargos, y otra al cierre de la misma.

-Derecho asistir y participar en las comparecencias de conformidad con lo prescrito en la subregla 2 de la regla 91 RPP, lo que incluye las sesiones públicas de la audiencia de la confirmación de cargos, a no ser que debido a las circunstancias del caso, la Sala estime que la intervención deba limitarse a observaciones escritas de los representantes legales.

-Derecho a presentar réplicas y respuestas de acuerdo con la norma 24 RC⁶⁶¹, en todos aquellos asuntos en relación a los cuales, el ER y las RPP no limiten la participación

⁶⁶¹ La norma 24, que versa sobre respuestas y contestaciones establece que:

(como solicitudes, respuestas y réplicas por escrito sobre todas aquellas cuestiones en las que su intervención no haya sido expresamente excluida por el ER y las RPP).

En cuanto a las víctimas anónimas, la SCP I perfila un estatuto procesal que incluye los siguientes derechos⁶⁶²:

-A la notificación de los documentos públicos contenidos en el sumario de las actuaciones.

-A la asistencia a las audiencias preparatorias que se celebre públicamente.

-A la realización de una declaración de apertura y una declaración de conclusión al inicio y final de la audiencia de confirmación de cargos.

-A solicitar autorización para intervenir durante las audiencias preparatorias públicas, así como las sesiones públicas de la audiencia de confirmación de cargos.

Este estatuto procesal para las víctimas anónimas, coincide, en esencia, con el estatuto que otorga la SCP III y la SPI I a la víctima en general, pues estas dos últimas Salas rechazan la distinción entre víctimas anónimas y no anónimas⁶⁶³. La SCP III basa su argumento en que no es razonable “penalizar” a una víctima por considerar que es beneficiaria de una medida de protección⁶⁶⁴. Para la SCP III, podría ser ampliado caso

“1.De conformidad con las disposiciones del Estatuto, las Reglas y el presente Reglamento y con sujeción a cualquier orden de la Sala, el Fiscal y la defensa podrán presentar una respuesta a cualquier documento presentado en la causa por cualquier participante.

2. Con sujeción a cualquier orden de la Sala, las víctimas o sus representantes legales podrán presentar una respuesta a cualquier documento cuando les esté permitido participar en el juicio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 68 y la subregla 1 de la regla 89.

3. Con sujeción a cualquier orden de la Sala, los Estados que participen en los procedimientos podrán presentar una respuesta a cualquier documento.

4. Cuando un documento presentado constituya en sí mismo una respuesta o contestación, no se podrán presentar respuestas al mismo según se establece en los numerales 1 a 3 que anteceden.

5. Salvo disposición en contrario en el presente Reglamento, los participantes solamente podrán contestar a una respuesta previa autorización de la Sala”.

⁶⁶² Vid. también ICC-02/05-02/09-136, SCP I, 6 de octubre de 2009, párr. 11 al 20; ICC 02/05-03/09-89, SCP I, 29 de octubre de 2010, párr. 58 a 68; ICC 02/05-03/09-103, SCP I, 17 de noviembre de 2010, párr. 8; ICC02/11-01/11-138, SCP I, 4 de junio de 2012, párr. 49 a 60.

⁶⁶³ Vid. ICC-01/05-01/08-320, SCP III, 12 de diciembre de 2008, párr. 101 a 107.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, párr. 99.

por caso, pero en términos generales, le otorga el estatuto de las víctimas anónimas de la SCP I.

Además, previa solicitud y autorización específica, las víctimas pueden ver ampliado su estatuto jurídico en relación con el ya indicado. Concretamente, si los representantes de las víctimas desean participar en la audiencia de confirmación de cargos en un momento distinto al previsto en su intervención, pueden solicitarlo a la SCP, permitiendo su autorización a los representantes hacer observaciones orales en la forma establecida por la Sala⁶⁶⁵. Los representantes legales pueden, recabando nuevamente la oportuna autorización, presentar conclusiones escritas sobre las cuestiones de hecho o de derecho, en las condiciones previstas en el art. 68.3 ER⁶⁶⁶. Una muestra de esta posibilidad la aporta ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD, tomando como ejemplo el asunto de la Fiscalía c. William Samoei Ruto y Joshua Arap, en donde se buscaba provocar una ampliación de los cargos. La SCP dio su autorización, por entender que los intereses personales de la víctima se veían afectados⁶⁶⁷. Además, las víctimas pueden solicitar a la Sala participar en el debate sobre las pruebas en la audiencia de confirmación de cargos, si no lleva implícita la pretensión de ampliación de los hechos que ya figuran en la notificación de los cargos elaborada por el Fiscal⁶⁶⁸. Cabe, así pues, la recalificación jurídica de los mismos por esta vía, si se tiene en cuenta que el art. 67.1 ER habilita a la SCP a modificar un cargo si las pruebas indican que se ha cometido un crimen diferente sobre el que se tiene competencia⁶⁶⁹. A su vez, si la acusación tiene la intención de llamar a declarar a testigos en la audiencia de confirmación de cargos, los representantes legales de las víctimas pueden ser autorizados a interrogarlos, siempre que sus representados no sean víctimas anónimas. En este caso, teniendo en cuenta el interés de los testimonios y el interés del sospechoso, la SCP puede pedir –según la regla 91.3 RPP–, que presente por escrito las preguntas que se comunicarán al Fiscal y a la Defensa, por si quisiesen hacer observaciones en el plazo establecido⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Vid. ICC-01/09-01/11-249, decisión de la SCP II de 5 de agosto de 2011, párr. 88.

⁶⁶⁶ Vid. ICC-02/11-01/11-138, decisión de la SCP I de 15 de agosto de 2012, párr. 60.

⁶⁶⁷ Vid. ORIHUELA CALATAYUD, op. cit., pág. 159. El ejemplo está traído de ICC-01/09-01/11-338, decisión de la SCP II de 22 de septiembre de 2011, párr. 5 a 12.

⁶⁶⁸ Vid. ICC-01/04-01/06-462, decisión de la SCP I de 22 de septiembre de 2006, párr. 9.

⁶⁶⁹ Vid. ICC-01/04-01/07-474, decisión de la SCP I de 13 de mayo de 2008, párr. 122 y 123.

⁶⁷⁰ Vid. ICC-01/09-01/11-249, decisión de la SCP II de 5 de agosto de 2011, párr. 99 y 100.

A *sensu contrario*, los derechos procesales de las víctimas pueden verse limitados en caso de que entren en juego factores tales como la seguridad nacional, el bienestar físico o psicológico de otras víctimas y testigos (su seguridad), o las investigaciones de la acusación. Para la juez SYLVIE STEINER, las restricciones deben establecerse sobre el principio de proporcionalidad, todo ello enmarcado en las coordenadas de la excepción y no como algo normal. Por eso dicha juez opina que los documentos, transcripciones o decisiones que figuran en el dossier y que son susceptibles de contener información que afecte a la seguridad nacional, la protección de las víctimas y testigos y la investigación de la acusación, han de ser clasificados como *ex parte*⁶⁷¹.

⁶⁷¹ Vid. ICC-01/04-01/07-474, Decisión de la SCP II de 13 de mayo de 2008, párr. 148, 150 y 152.

2.3.- El estatuto procesal de la víctima en la fase del juicio oral. Especial incidencia en la práctica de prueba

I. En terminología procesal, el significado de juicio oral es doble. Se refiere tanto a la fase del juicio oral (en ocasiones, en el sistemas de corte romano-germánico se denomina plenario), como al acto solemne del juicio o celebración de la vista oral que se enmarca dentro de la primera. Prescindiendo ahora de las diferencias procesales existentes en este apartado entre los sistemas de perfil romano-germánico y *common law*, un punto de encuentro entre ambos –y así queda plasmado en el proceso ante la CPI-, es el principio de publicidad⁶⁷². Es un momento, pues, significativo para la víctima⁶⁷³.

Cuando se abordó el proceso ante este tribunal penal internacional, se señaló que del juicio conocía la SPI. También se indicó que el juicio comenzaba con la lectura por la SPI ante el acusado de los cargos confirmados por la SCP⁶⁷⁴, dando la posibilidad al mismo de declararse inocente o culpable⁶⁷⁵. Su presencia debe ser preceptiva, salvo que sea expulsado de la Sala por el tiempo estrictamente necesario, por interrumpir el desarrollo del juicio⁶⁷⁶. Finalmente, por la relevancia que adquirirá en el presente epígrafe, la prueba es apreciada –como suele ser habitual en los procesos-, por el tribunal de enjuiciamiento, que goza además de amplias facultades de actuación de

⁶⁷² En nuestro derecho procesal, podemos destacar a este respecto el art. 649 de la LECrim, que señala que: “*Cuando se mande abrir el juicio oral, el Secretario judicial comunicará la causa al Fiscal, o al acusador privado si versa sobre delito que no pueda ser perseguido de oficio, para que en el término de cinco días califiquen por escrito los hechos. Dictada que sea esta resolución, serán públicos todos los actos del proceso*”. También el art. 274 de la Ley Procesal Militar, que establece que: “*Todas las actuaciones durante el juicio oral serán públicas, levantándose el secreto de las que se hubieran declarado así en el sumario*”.

⁶⁷³ En relación a un estudio general sobre la regulación de la prueba, vid. BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “La regulación de la prueba en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, en “La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar”, coord. CARDONA LLORENS, JORGE; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 352 y siguientes.

⁶⁷⁴ Vid. art. 61.11 ER.

⁶⁷⁵ El art. 64. 8 a) ER se expresa en los siguientes términos: “*Al comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia dará lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de Cuestiones Preliminares. La Sala de Primera Instancia se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos. Dará al acusado la oportunidad de declararse culpable de conformidad con el artículo 65 o de declararse inocente*”. A su vez, el art. 65.1 a) ER declara que: “*Si el acusado se declara culpable en las condiciones indicadas en el párrafo 8 a) del artículo 64, la Sala de Primera Instancia determinará: a) Si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad*”.

⁶⁷⁶ El art. 63 ER señala que: “*1. El acusado estará presente durante el juicio. 2. Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario*”.

oficio⁶⁷⁷. Como posibilidad que incide en el estatuto procesal de la víctima, cabe también la retirada de la acusación⁶⁷⁸.

II. Para entender el estatuto procesal de las víctimas en la fase del juicio, tal y como aparece configurado en la actualidad, vamos a tomar como punto de partida la decisión de 18 de enero de 2008 de la SPI I⁶⁷⁹. Esta decisión está enmarcada en el proceso seguido contra Thomas Lubanga Dyilo, y hay que subrayar que no fue unánime, pues a ella no se adhirió el magistrado RENÉ BLATTMANN. En ella se desarrollaron pormenorizadamente las formas de participación y las condiciones que deben concurrir en la víctima. Podemos traer a colación una cita de dicha decisión (larga pero necesaria), para aproximarnos así al enfoque de la SPI:

“En general, las víctimas tienen intereses múltiples y variados, pero es fundamental hacer hincapié y reiterar que para que las víctimas participen en el juicio, estos intereses deben estar relacionados con las pruebas y las cuestiones que la Sala va a considerar en su investigación de los cargos formulados contra el sospechoso: el alcance de las pruebas y de los temas que serán abordados por la Sala durante este juicio son definidos por los presuntos crímenes a los que se enfrenta el acusado. En cambio, los intereses generales de las víctimas son muy amplios e incluyen, entre otros, el interés en recibir reparaciones, el interés en que se les permita expresar sus opiniones y observaciones, el interés en la verificación de hechos concretos y el establecimiento de la verdad, el interés en

⁶⁷⁷ El art. 64.9 ER establece que: “La Sala de Primera Instancia podrá, a petición de una de las partes o de oficio, entre

otras cosas: a) Decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas; b) Tomar todas las medidas necesarias para mantener el orden en las audiencias”. Por otra parte, los apartados 3, 4 y 7 del art. 69 ER estipulan que: “Las partes podrán presentar pruebas pertinentes a la causa, de conformidad con el artículo 64. La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos”; “La Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”; y “No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”.

⁶⁷⁸ El art. 61.9 ER declara que: “Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. El Fiscal, si se propusiera presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia de conformidad con el presente artículo para confirmarlos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia, podrá retirar los cargos”.

⁶⁷⁹ Vid. ICC-01/04-01/06.

proteger su dignidad durante el juicio y garantizar su seguridad, y el interés en ser reconocidos como víctimas de la causa. Los crímenes de la competencia de la Sala, como crímenes internacionales, pueden tener varias consecuencias directas e indirectas para las víctimas. En este contexto la Sala se asegurará de que las víctimas tengan un acceso adecuado a la justicia en el contexto del proceso judicial, y tendrá en cuenta las diversas necesidades particulares e intereses de las víctimas y de los grupos de víctimas. La Sala de Primera Instancia cree necesario recalcar que la participación de las víctimas en las actuaciones no se limita a un interés en recibir reparaciones: el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto prevé la participación de las víctimas cuando sus intereses personales se vean afectados, y éstos, evidentemente, no se limitan a reparaciones. Por lo tanto, como se indicó en la audiencia del 29 de octubre de 2007, la Sala de Primera Instancia considera que la participación de las víctimas debe incluir sus intereses personales de una forma suficientemente amplia, y, por las razones que se analizan a continuación, siempre que sea necesario deberán tener derecho a expresar sus opiniones y observaciones a través de declaraciones, interrogatorio de testigos o mediante la presentación de documentos por escrito. No hay ninguna disposición legal o reglamentaria que aborde los criterios probatorios que deben aplicarse para que las víctimas participen. Sería insostenible para la Sala llevar a cabo una evaluación sustantiva de la credibilidad o la fiabilidad de la solicitud de la víctima antes del comienzo del juicio. En consecuencia, la Sala se limitará a garantizar que haya, *prima facie*, fundamentos creíbles que sugieran que el solicitante ha sufrido un daño como consecuencia de un crimen de la competencia de la Corte. La Sala de Primera Instancia evaluará la información incluida en el formulario de solicitud de la víctima y sus declaraciones (si están disponibles) para garantizar que el vínculo necesario ha sido establecido. La Sala es consciente de que diferentes consideraciones pueden aplicarse en el juicio, a diferencia de durante la etapa de cuestiones preliminares. En el momento en que se presentan las solicitudes de participación en las actuaciones ante la Sala de Primera Instancia, ya se tiene un conocimiento considerable acerca de los hechos y cuestiones que surgirán. En consecuencia, el planteamiento antes expuesto no es sólo una interpretación correcta de las disposiciones pertinentes, sino también, es el procedimiento que mejor permitirá a las víctimas, en esta etapa del

procedimiento ante la Corte, presentar sus opiniones y observaciones de una forma justa”⁶⁸⁰.

Si bien la decisión mantiene el mismo razonamiento que la SCP en cuanto al concepto de víctima contemplado en la regla 85 RPP, los magistrados intentaron adaptarse a la realidad y peculiaridades de la República Democrática del Congo. Por ejemplo, facilitaron la comprobación de la condición de víctima, puesto que la demostración de la propia identidad estaba siendo un obstáculo importante. Debido a que la participación -en cuanto a los intereses personales se refiere- es un derecho, la SPI elaboró una lista de documentos que se reputarían como válidos para demostrar la identidad de las víctimas. En la lista figuraban documentos tales como el documento nacional de identidad, el pasaporte, certificado de nacimiento o defunción, certificado de matrimonio, testamento, documento expedido por una agencia humanitaria, carta de votación, documentación de estudiante o autoridad local, documentación sobre tratamiento médico, certificado de trabajo o de bautismo. También cualquier certificado de extravío de documentos, de pertenencia a una asociación política, de pertenencia a una comunidad eclesial o carné de pensionista⁶⁸¹. Se llegó incluso a admitir que la falta de documentos podría ser sustituida por una declaración de identidad firmada por dos personas⁶⁸².

Este razonamiento receptivo y generoso hacia la víctima, continuó con el concepto de daño que ha de hacer valer la víctima para demostrar el nexo causal exigido por la Sala. Conforme al párrafo 92 de la decisión citada:

*“Victims, means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws prescribing criminal abuse of power”*⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Vid. ICC-01/04-01/06-1119, Sala de Primera Instancia I, 18 de enero de 2008, párrs. 97-100.

⁶⁸¹ Vid. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 87.

⁶⁸² Íbidem párr. 88

⁶⁸³ En el párrafo 18 se indicaba que: *“Victims means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that do not constitute violations of national criminal laws but internationally recognized norms to human rights”*.

A partir de este reconocimiento amplio, que ya vimos con ocasión del concepto de víctima, empiezan las restricciones interpretativas. La SPI confirmó que la participación procesal está determinada por el art. 68.3 ER, así como por el consiguiente razonamiento de que el reconocimiento de víctima no conlleva automáticamente la participación en el proceso⁶⁸⁴. Se produce así, en opinión de MARKOS ZILLI, FABIOLA MONTECONRADO y MARIA THEREZA MOURA, la interesante relación entre estatuto de víctima y legitimidad procesal: es posible ser víctima sin tener interés en la participación en el proceso, mas no es posible participar sin ser víctima⁶⁸⁵.

Para los jueces del caso Lubanga Dyilo, el interés se acredita cuando surge la conexión entre la víctima y la prueba que va a ser reproducida y valorada en su presencia, lo mismo que cuando surge alguna cuestión durante el juicio que afecta a las víctimas⁶⁸⁶. Se configura también el criterio denominado “*grounds to believe*”, un criterio que exige un examen preliminar para identificar la presencia de fundamentos que confieran, de alguna forma, credibilidad a las afirmaciones presentadas por las víctimas⁶⁸⁷, sin que se les exija certeza, ya que ello conllevaría la anticipación de la apreciación de la prueba⁶⁸⁸.

Todo esto desemboca en el análisis de las diferencias de la SPI I respecto de la SCP I, cuya diferencia de criterio sale a la luz, en lo que atañe al contenido concreto del estatuto procesal de la víctima, en la decisión de 18 de enero de 2008. Así, en los párrafos 101 a 104, se destaca que el estatuto procesal de la víctima en el juicio oral no puede ser establecido previamente. Concretamente, ese estatuto viene limitado por una doble referencia: que un interés personal se pueda ver afectado por una actuación procesal, y que la intervención procesal de la víctima no menoscabe los derechos del acusado, o sea incompatible con un juicio justo e imparcial. Este razonamiento supone, a día de hoy, el marco general en el que nos vamos a mover, y el punto álgido –pese a todo–, en la historia de los derechos procesales de las víctimas.

⁶⁸⁴ Vid. ZILLI, MARKOS; MONTECONRADO, FABIOLA y MOURA, MARIA THEREZA: “Participação das vítimas na fase de julgamento perante a Trial Chamber”. Constituye el capítulo 3 de la obra titulada “Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga”, de Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (coordinadores), ed. Konrad Adenauer Stiftung (2014), págs. 107 y siguientes).

⁶⁸⁵ Ibídem, pág. 121.

⁶⁸⁶ Vid. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 97 y 98.

⁶⁸⁷ Ibídem párr. 99.

⁶⁸⁸ Vid. ZILLI, MARKOS; MONTECONRADO, FABIOLA y MOURA, MARIA THEREZA, op. cit., págs. 121 y 122.

Estos intereses personales afectados tienen numerosas implicaciones. Por ejemplo, y por seguir un orden cronológico desde el punto de vista procesal, respecto del acceso a documentos y archivos previsto en la subregla 2 de la regla 131 RPP⁶⁸⁹, la SPI I entendió que, con carácter general, las víctimas tienen acceso a dichos documentos, siempre que no sean confidenciales o estén sujetos a reserva por motivos de seguridad nacional. No obstante, si en este tipo de documentación clasificada hubiese información relevante para las víctimas, es posible, de acuerdo con el párrafo 106, su acceso bajo determinadas condiciones⁶⁹⁰. Si fuesen documentos de interés que obrasen en poder de la Defensa o estuviesen bajo su control, la regla 78 RPP indica que se permitirá al Fiscal inspeccionar dichos documentos u objetos tangibles, si tuviesen el propósito de utilizarlos como prueba en la audiencia de confirmación de cargos o en el juicio⁶⁹¹.

En relación con esta divulgación de prueba –excediendo el ámbito de la víctima–, cuando estos documentos u objetos tangibles estuviesen bajo el control de la Fiscalía, y fueran importantes para la preparación de la defensa, con la intención de utilizarse como prueba en la audiencia de confirmación de cargos o en el juicio, o se obtuviesen del acusado, el Fiscal puede permitir el acceso a la defensa –con las limitaciones previstas en las reglas 81 y 82 RPP–, de acuerdo con lo estipulado en la regla 77 RPP⁶⁹².

Si se tratase, a título introductorio, de la participación del representante de la víctima en el interrogatorio de un testigo, un perito, o el propio acusado, debe presentar una

⁶⁸⁹ Afirma que: “Con sujeción a las restricciones relativas a la confidencialidad y a la protección de la información relativa a la seguridad nacional, podrán consultar el expediente el Fiscal, la defensa, los representantes de Estados que participen en el proceso y las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones de conformidad con las reglas 89 a 91”.

⁶⁹⁰ Este párrafo afirma expresamente que: “Due to the fact that confidential filings within the record often contain sensitive information related to national security, protection of witnesses and victims, and the prosecution’s investigations, the presumption will be that the legal representatives of victims shall have access only to public filings. However, if confidential filings are of material relevance to the personal interests of participating victims, consideration shall be given to providing this information to be relevant victim or victims, so long as it will not breach other protective measures that need to remain in place”.

⁶⁹¹ Concretamente señala que: “La defensa permitirá al Fiscal inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles que obren en su poder o estén bajo su control y que tenga el propósito de utilizar como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio”.

⁶⁹² Dicha regla establece que: “El Fiscal, con sujeción a las limitaciones previstas en el Estatuto y en las reglas 81 y 82, permitirá a la defensa inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos tangibles que obren en su poder o estén bajo su control y que sean pertinentes para la preparación de la defensa o que él tenga el propósito de utilizar como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio o se hayan obtenido del acusado o le pertenezcan”.

solicitud ante la Sala. La Sala puede pedirle que presente las preguntas por escrito, transmitiéndoselas al Fiscal, y, en su caso, a la defensa⁶⁹³.

III. De lo hasta ahora analizado, conviene hacer una digresión, para examinar el voto disidente del magistrado RENÉ BLATTMANN, quien desacorde con estos razonamientos, manifiesta su desaprobación en varios puntos. En primer lugar, no está de acuerdo con la definición procesal de víctima, por entender que es demasiado amplia. Basándose en el voto del magistrado GEORGHIOS M. PIKIS en relación a una decisión de la SCP de 24 de diciembre, en el que destacaba la conexión clara entre el concepto de acusación y el de víctima, entendió que no sería desacertado exigir la conexión entre la víctima y el objeto del proceso. Ahí radicaría la estabilidad de la clasificación entre “víctimas de situación” (para la fase de investigación), y “víctimas de la causa” (para la fase del juicio donde la acusación ya está definida). En el párrafo 21 de su voto, se destaca que un concepto impreciso de víctima no sólo acarrearía inseguridad a las víctimas, sino que también dejaría en una posición delicada el derecho del acusado a un juicio justo. También destacó que la ausencia de una vinculación clara entre la definición de víctima y los términos de la imputación, deja abierta la posibilidad de una participación de la víctima más amplia que la circunscrita por la acusación, lo que a su entender violaría el principio de legalidad.

En contraposición, el magistrado boliviano propuso unos criterios diferentes. Concretamente, habría que decidir, en primer lugar si la persona que tiene intención de participar en el procedimiento ha sufrido una lesión como consecuencia de un crimen competencia de la CPI. Para RENÉ BLATTMANN, el crimen que condiciona la participación es aquel que queda circunscrito por los términos de la acusación confirmada por la SCP. La segunda premisa, sería averiguar si los intereses de la

⁶⁹³ Los apartados a) y b) de la subregla 3 de la regla 91 RPP, declaran que: “a) *El representante legal que asista al proceso y participe en él de conformidad con la presente regla y quiera interrogar a un testigo, incluso en virtud de las reglas 67 y 68, a un perito o al acusado, deberá solicitarlo a la Sala. La Sala podrá pedirle que presente por escrito las preguntas y, en ese caso, las transmitirá al Fiscal y, cuando proceda, a la defensa, que estarán autorizados para formular sus observaciones en un plazo que fijará la propia Sala.* b) *La Sala fallará luego la solicitud teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre el procedimiento, los derechos del acusado, los intereses de los testigos, la necesidad de un juicio justo, imparcial y expedito y la necesidad de poner en práctica el párrafo 3 del artículo 68. La decisión podrá incluir instrucciones acerca de la forma y el orden en que se harán las preguntas o se presentarán documentos en ejercicio de las atribuciones que tiene la Sala con arreglo al artículo 64. La Sala, si lo considera procedente, podrá hacer las preguntas al testigo, el perito o el acusado en nombre del representante legal de la víctima*”.

víctima han quedado afectados por el caso concreto. Una vez se ha constatado el interés, la participación debería estar avalada por un juicio de oportunidad, que debería tomar a su vez en cuenta el estado del proceso. Finalmente, entiende que debería tomarse en consideración si la posibilidad de que la participación fuese perjudicial para los derechos del acusado y el desarrollo de un juicio justo⁶⁹⁴. También disiente de la mayoría en lo atinente a la posibilidad de acreditar la condición de víctima mediante cauces tan generales. Esto, en su opinión, provocaría una solicitud general válida para todo proceso, y para todos los actos del proceso, lo que impondría una metodología que acarrearía una excesiva carga a las víctimas durante el proceso⁶⁹⁵.

IV. En cualquier caso -retomando el hilo conductor-, como aspectos importantes que pueden extraerse de las decisiones de la CPI a partir de la de 18 de enero de 2008 (en el marco del estatuto procesal de la víctima y sus intereses), podemos destacar los siguientes: el eventual derecho de las víctimas a presentar elementos de prueba; el derecho de las víctimas a interrogar a testigos; el derecho a la intervención de la víctima en la divulgación de la prueba; el derecho a la comparecencia personal de la víctima durante el juicio oral; el derecho a la práctica de la prueba en materia de reparación; y el derecho a la intervención procesal de la víctima en materia de recalificación jurídica de los hechos imputados. Todo lo que a continuación se reseñe, ha de examinarse a la luz de las RPP, que habilita a las víctimas a participar bien de forma directa, bien de forma indirecta. Es habitual que se utilice el cauce indirecto por resultar más eficaz que lo haga el representante legal⁶⁹⁶. La participación directa de las víctimas queda circunscrita a la posibilidad de presentar alegatos iniciales y finales en la forma en el momento y forma que decida la Sala⁶⁹⁷, y efectuar observaciones cuando lo solicite la Sala⁶⁹⁸. La participación indirecta faculta a que, además de que la SPI pueda recabar sus observaciones sobre alguna cuestión, que éstas asistan a las actuaciones y participen en ellas en la forma que determine la propia Sala. Ello implica que pueden participar (salvo

⁶⁹⁴ Vid. párrafo 15 de su voto disidente.

⁶⁹⁵ Vid. párrafo 22 de su voto disidente.

⁶⁹⁶ Vid. ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA, op. cit., pág 165.

⁶⁹⁷ Vid. regla 89.1 RPP y párrafo 117 de la citada decisión de 18 de enero de 2008.

⁶⁹⁸ Vid. regla 93 RPP.

que sea necesario presentar observaciones escritas)⁶⁹⁹, y que puedan interrogar a un testigo si la SPI lo permite⁷⁰⁰.

V. En cualquier caso, sobre la posibilidad de que las víctimas aporten elementos de prueba que arrojen luz sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, la SPI, en la decisión mencionada, indicó que se encontraban legitimadas para aportar elementos de prueba en base al art. 69.3 ER, previa solicitud a la Sala, siempre que concurriesen los siguientes requisitos⁷⁰¹: solicitud por escrito de las víctimas; comunicación de la misma a la Fiscalía y a la Defensa; demostración de que los intereses personales podían verse afectados por los elementos de prueba; cumplimiento de las obligaciones de revelación de prueba y respectivas medidas de protección; autorización por parte de la SPI basada en el criterio de oportunidad; y compatibilidad de la autorización con los derechos del acusado y un juicio justo e imparcial.

Esta posibilidad ha sido confirmada por la SA en una importante decisión de 11 de julio de 2008 –sobre la que más adelante volveremos–, con el voto negativo de dos magistrados, GEORGHIOS M. PIKIS y PHILIPPE KIRSCH, quienes entienden que las víctimas únicamente pueden presentar “opiniones y observaciones”. Sirva como adelanto de su razonamiento, su afirmación de que los artículos 69.3 y 64.9 ER únicamente facultan a las partes (Fiscalía y Defensa) a aportar esos elementos, y no a los participantes (víctimas). Así pues, para los otros tres magistrados, la SPI I decidió correctamente al garantizar a las víctimas el derecho a participar de una manera real y efectiva, lo que no podría ser posible si se excluyese toda circunstancia en la que pudiesen presentar elementos probatorios⁷⁰².

Como ponen de relieve la doctrina, las decisiones arriba mencionadas no dejan claro si, en realidad, lo que la SPI I y la mayoría de la SA reconocen a las víctimas es la facultad de plantear que ciertos elementos de prueba que no han sido aportados ni por la Fiscalía ni por la Defensa, y que son relevantes para la determinación de la verdad⁷⁰³ sean tenidos en cuenta. Ahora bien, esto sería sustancialmente distinto del reconocimiento a las víctimas del “derecho” a introducir elementos de prueba relativos a

⁶⁹⁹ Vid. regla 91.2 RPP.

⁷⁰⁰ Vid. regla 91.3 RPP.

⁷⁰¹ Vid. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 108 a 111.

⁷⁰² *Ibidem*, párr. 97.

⁷⁰³ Vid. OLÁSULO HÉCTOR y KISS, ALEJANDRO: *op. cit.* pág. 13:29.

la culpabilidad o inocencia del acusado. Existen otras decisiones de la SA y SPI II que expresan con claridad que las víctimas no tienen *per se* derecho a presentar pruebas, sino que tan solo tienen la facultad de advertir sobre la existencia de prueba que sería relevante para el establecimiento de la verdad⁷⁰⁴.

VI. En tercer lugar, se abordó la cuestión relativa a la posibilidad de que las víctimas interviniesen en el procedimiento de divulgación de prueba. En el proceso contra Germain Katanga, la SA decidió sobre la cuestión de si las víctimas tienen la obligación de divulgarle a la defensa los elementos de prueba que obren en su poder y pudieran constituir pruebas de exculpación. La SA entendió que no hay obligación de efectuar tal divulgación, ya que es un deber exclusivo de la Fiscalía divulgar toda prueba exculpatoria que obre en su poder. No se trata, por tanto, de una cuestión que se pueda extender a las víctimas⁷⁰⁵.

VII. En lo concerniente a la presencia de las víctimas en las audiencias del juicio oral, la SPI, en la citada decisión de 18 de enero de 2008, es clara al indicar que “personas sin entrenamiento legal que comparecen para explicar situaciones complicadas que les ha sucedido, pueden provocar una eventual desestabilización de las actuaciones procesales”⁷⁰⁶. Se fomenta, por el contrario, que sean los representantes legales de las víctimas quienes estén presentes durante el juicio oral. Dicho esto, hay que destacar que, en casos concretos, se ha autorizado la presencia de víctimas para que fuesen ellas mismas las que presentasen observaciones. Una vez más, el juicio contra Thomas Lubanga Dyilo ha sido innovador, pues la SPI I accedió a que tres víctimas –previa solicitud de su representante– compareciesen personalmente a la audiencia del juicio. Pudieron prestar declaración testimonial, pero no se les permitió que emitiesen observaciones hasta que se escucharan sus testimonios.

Más incisiva ha sido la SPI II en ese aspecto, pues una decisión de dicha Sala ha afirmado que las víctimas pueden ser convocadas al proceso y prestar declaración

⁷⁰⁴ Vid. Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with the rule 140, ICC-01/04-01/07-1665-Corr. párr. 45-48. También ICC-01/04-01/07-2288, párr. 37-41, sobre una decisión de la SPI II de 22 de enero de 2010, sobre las modalidades de participación de la víctima en el juicio.

⁷⁰⁵ Vid. ICC-01/04-07-2288 párr. 7.

⁷⁰⁶ Vid. ICC-01/04-01/06-1119, párr. 43.

siempre que no quede afectado el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, si las víctimas no fuesen anónimas, y siempre que no resultaran reconvertidas en fiscales auxiliares. Además, para que estas puedan ser autorizadas, la Fiscalía debería haber concluido la presentación de la prueba y ser solicitada por el representante legal de la víctima junto con una declaración firmada por ésta. De acuerdo con la SPI II, la autorización dependerá de que concurran los siguientes presupuestos: que las cuestiones que fuese a abordar la víctima no estén cubiertas por la prueba presentada por las partes; que exista una relación cercana entre las declaraciones y los hechos que se debaten en el juicio; que el relato de las víctimas sea representativo de lo que le ha ocurrido a un grupo significativo de la víctima o bien de un hecho particular; y que tales relatos proporcionen nueva información sobre los hechos que se ventilan en el juicio⁷⁰⁷.

Entendemos que la naturaleza de las declaraciones de la víctima se identifica –dado que la víctima no es parte- a la de cualquier testigo. Ello implica que la declaración va dirigida a la aportación de un conocimiento sobre el hecho objeto del proceso penal, emitido a requerimiento del órgano judicial⁷⁰⁸. Además, este testimonio ha de ser veraz, pues el art. 70 ER conceptúa el falso testimonio como un delito contra la Administración de Justicia –de manera similar a la establecida en los arts. 458 a 461 de nuestro Código Penal-, debiendo formalizarse el *verbo veritatis modus* o ánimo veraz en la forma prescrita por la subregla 1 de la regla 66 RPP. Este modo de proceder no difiere mucho de lo estipulado en los arts. 434 a 436 LECrim, y, en general, de cualquier ordenamiento jurídico occidental. Aunque no especifiquen nada ni el ER ni las RPP, entendemos que la declaración ha de ser libre y espontánea, permitiendo los jueces una narración sin interrupción sobre los hechos, dirigiendo después preguntas concretas y adecuadas⁷⁰⁹. Se sobreentiende que no ha lugar a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y mucho menos extraídas bajo cualquier género de coacción. Por otra parte, podemos establecer un paralelismo entre la declaración por videoconferencia prevista en la regla 67 RPP y los arts. 325 y 731 bis LECrim y 229.3 LOPJ.

Otro de los argumentos en el que nos apoyamos para asimilar la declaración de las víctimas a la de los testigos son las medidas de protección dispensadas por la CPI,

⁷⁰⁷ Vid. Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial, ICC-01/04-01/07-1788-tENG, párr. 86 a 92.

⁷⁰⁸ La regla 65 RPP recoge la obligación de los testigos a prestar declaración, al igual que hace el art. 420 LECrim; los arts. 175 y 176 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

⁷⁰⁹ Así se infiere de las grabaciones de los distintos procedimientos de la CPI consultadas en <https://www.icc-cpi.int/pages/crm.aspx>.

contempladas de manera pareja en las reglas 87 y 88 RPP. Tanto en el caso de la víctima como del testigo que presta declaración –con el eventual peligro que pueda implicar su testimonio–, deberá recabarse su consentimiento de manera idéntica⁷¹⁰. Entre el resto de medidas de protección que puedan adoptarse, medidas tales como el borrado de nombres de expedientes, utilización de seudónimos o de medios tecnológicos de distorsión de voz o imagen, no se hace diferenciación alguna y se regulan en las mismas subreglas.

Sobre el régimen de formulación de preguntas que implica la declaración, apreciamos similitudes con el sistema interrogatorio cruzado, que, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico aparece regulado en el art. 708 LECrim para el acto de la vista oral. También en la medida que las partes podrían intervenir en las declaraciones de víctimas y testigos con el consiguiente control judicial de las preguntas, en la forma en la que se contempla en los arts. 118 y 302 LECrim⁷¹¹.

VIII. En cuanto a la práctica de prueba en materia de reparación, la decisión de 18 de enero de 2008 de la SPI I, en sus párrafos 120 a 122, entendió que la Sala podía permitir la práctica de prueba en materia de reparaciones durante el juicio oral por dos motivos. En primer lugar porque consideró beneficioso para los testigos y para las víctimas el hecho de evitar que vuelva a la sede de la CPI para testificar por segunda vez. En segundo lugar, porque los testigos que pudieran estar disponibles en ese momento, pueden no estarlo cuando se llevasen a cabo las actuaciones de reparaciones. Se desestimaron así, las pretensiones de la Defensa, que alegó que esta práctica de prueba menoscabaría la presunción de inocencia, toda vez que el proceso de reparaciones requiere una condena previa⁷¹².

Este argumento de la Defensa podría tildarse *a priori* de sorprendente, ya que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que se proyecta en el proceso penal y no en el proceso civil, siendo así que las reparaciones no tienen su raíz en un proceso distinto, sino que tienen su origen en el proceso penal que se está dirimiendo. En efecto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia consiste⁷¹³, según nuestra jurisprudencia constitucional, en la verdad interina o provisional de que el imputado de

⁷¹⁰ Vid. regla 87 RPP.

⁷¹¹ De acuerdo con la regla 111 RPP, todos los interrogatorios deben ser grabados.

⁷¹² Vid. ICC-01/01-01/06-1119 párr. 129 a 122.

⁷¹³ En nuestro ordenamiento jurídico está consagrado en el art. 24.2 CE.

una infracción penal no ha tenido participación en ella en tanto no se acredite el hecho constitutivo de la misma y la propia circunstancia de su participación en él. Esto implica que la carga de probar los hechos constitutivos de la infracción incumbe al acusador, sin que pueda exigirse al inculcado la prueba de que no ha cometido los hechos que se le imputan, lo que lleva necesariamente a la existencia de una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, pudiendo así inferirse razonablemente de esta manera los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que sólo podrá hablarse de vulneración cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado⁷¹⁴.

Aplicando este razonamiento a la pretensión de la Defensa, desestimada en la decisión de 18 de enero de 2008 de la SPI I, su razonamiento, aunque erróneo, no deja de poner de relieve –a nuestro juicio– las peculiaridades de este proceso. Si de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer una acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible –en el sentido en el que aparece reflejado en el art. 100 LECrim⁷¹⁵–, no es menos cierto que estamos acostumbrados a observar que la persona perjudicada por el delito es la que ejercita ambas acciones en el proceso penal (como acusador particular)⁷¹⁶. Consecuentemente, en el caso del proceso desarrollado ante la CPI, al no ser la víctima parte a excepción de las reparaciones, entendemos que se ha producido una disonancia procesal brillantemente resuelta por la SPI en sus primeras en sus primeras decisiones, ya que no es lógico volver a probar en un proceso derivado y distinto –una vez exista el fallo condenatorio–, el hecho ilícito penal para depurar las responsabilidades que originan las reparaciones. Además, la tendencia en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales ha sido la de unificar por razones de economía procesal y tutela judicial efectiva. Un reflejo relativamente reciente de esta tendencia

⁷¹⁴ Vid. STC 68/2010, de 18 de octubre y STC 107/2011, de 20 de junio.

⁷¹⁵ Cuando la infracción penal origina daños y perjuicios materiales o morales y se acunula el ejercicio de la acción civil al de la penal dentro de un único proceso penal de acuerdo con los arts. 111 y 112 LECrim, art. 109 del Código Penal y art. 1092 del Código Civil.

⁷¹⁶ Aunque la condición de sujeto pasivo del delito no es indispensable para ejercitar la acción civil derivada del delito).

puede observarse en la declaración de inconstitucionalidad del art. 108 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, así como el art. 127 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, por medio de la STC 179/2004, de 21 de octubre. En ese caso, el Tribunal Constitucional declaró que no era necesario el ejercicio separado de la acción civil fuera del proceso penal cuando existía relación jerárquica de subordinación entre los sujetos del delito.

IX. Finalmente, el caso Lubanga Dyilo ha planteado la cuestión de la intervención de las víctimas en la rectificación jurídica de los hechos imputados. Esta cuestión es más problemática, y la SA ha desempeñado un papel importante. Mediante la decisión de confirmación de cargos de 29 de enero de 2007 de la SCP I, se procedió a la apertura del juicio oral del caso citado, imputándose los siguientes delitos: alistamiento y uso de menores de quince años para la participación activa en las hostilidades. Posteriormente, los representantes legales de las víctimas presentaron una solicitud conjunta pidiendo a la SPI I que rectificase los hechos, debido a que los mismos podrían subsumirse en los tipos penales de esclavitud sexual previsto en los artículos 7. 1 g), 8.2 b) xxii y 8.2 e) vi del ER, así como en el de trato cruel e inhumano de los arts. 8.2 a) ii y 8.2 a) ii y 8.2 c) i del ER⁷¹⁷.

En una polémica decisión –no unánime– de la SPI I⁷¹⁸, se plasmó el criterio de que la norma 55.2 del RC facultaba a que se añadiesen nuevos hechos a los ya contenidos en la decisión de confirmación de cargos, siempre que tales hechos se hubiesen revelado en el juicio oral y formasen, desde una perspectiva procesal, una unidad de acción con los hechos que servían de asidero a los cargos confirmados por la SCP I. En todo caso, la norma 55 RC establece que:

1. “En su fallo conforme al artículo 74, la Sala podrá modificar la tipificación jurídica de los hechos para que dé cuenta tanto de delitos conforme a los artículos 6, 7 u 8 como de una forma de participación del acusado conforme a los artículos 25 y 28, siempre

⁷¹⁷ Vid. la solicitud presentada ante la SPI I el 22 de mayo de 2009: ICC-01/04-01/06-1891.

⁷¹⁸ Vid. ICC-01/04-01/06-2049, párr. 28.

que no se excedan los hechos y las circunstancias descritos en los cargos y en cualquier modificación de los cargos.

2. Si en cualquier momento durante el juicio la Sala considera que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios, la Sala deberá notificar dicha posibilidad a los participantes y, una vez practicadas las pruebas, en la etapa procedente del procedimiento, dará a los participantes la oportunidad de realizar observaciones verbales o escritas en tal sentido. La Sala puede suspender una audiencia para asegurar que los participantes tengan tiempo y medios adecuados para realizar una preparación eficaz o, de ser necesario, puede ordenar que se celebre una audiencia para considerar todas las cuestiones inherentes al cambio propuesto.

3. A los efectos del numeral 2, la Sala deberá en particular asegurarse de que el acusado:

a) Disponga del tiempo y los medios adecuados para preparar eficazmente su defensa según se establece en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 67 y

b) Tenga oportunidad, de ser necesario, de interrogar o hacer interrogar nuevamente a un testigo anterior, convocar a nuevos testigos o presentar otras pruebas admisibles conforme al Estatuto según se establece en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 67”.

Como ponen de relieve HÉCTOR OLÁSOLO y ALEJANDRO KISS, “las consecuencias jurídicas de esta decisión son significativas. La SPI I resolvió que los hechos nuevos formaban una unidad procesal con los hechos tratados en la decisión de confirmación de cargos. Si además de constituir una unidad procesal estos hechos integran la misma “conducta”, entonces cualquier juicio ante la Corte u otro tribunal que tuviera por objeto cualquiera de estos hechos constituiría persecución penal múltiple, tanto si el acusado resulta condenado como absuelto por la Corte en razón de cualquiera de estos hechos (*ne bis in ídem* del artículo 20)”⁷¹⁹. En el caso concreto de Thomas Lubanga Dyilo, durante el juicio oral, este criterio surgió como consecuencia de la aparición de elementos de prueba referentes a prácticas sexuales a las que eran obligadas

⁷¹⁹ Vid. OLÁSOLO, HÉCTOR y KISS, ALEJANDRO, op. cit. pág. 13:14.

niñas menores de 15 años. También surgieron conductas que podían ser constitutivas de otros delitos como los tratos crueles e inhumanos.

Sin embargo, el 14 de julio de 2009 la SA manifestó su disconformidad con la SPI I, pues en ella expresó que la norma 55 RC no podía ir más allá de los hechos y circunstancias recogidos en el escrito de acusación de la Fiscalía, y en la posterior decisión de confirmación de cargos de la SCP, o sus enmiendas⁷²⁰. Para la SA, los “hechos” hacen alusión a las alegaciones prácticas en las que se basan los elementos típicos de los delitos imputados. Estas alegaciones fácticas deben ser distinguidas tanto de la prueba aportada por la Fiscalía para la confirmación de cada uno de los cargos (norma 61.5 RC)⁷²¹, como del contexto o de cualquier información que, a pesar de no encontrarse contenida en el escrito de acusación, o en la decisión confirmando los cargos, no apoya los elementos típicos de los delitos⁷²².

Esta intervención de las víctimas ha sido importante en la historia procesal de la CPI, pues por primera vez se planteó si la SPI estaba vinculada a la decisión de confirmación de cargos de la SCP, es decir, como indica la doctrina, la confirmación del objeto fáctico del juicio oral. A su vez, la confirmación de cargos de la SCP está circunscrita al escrito de acusación de la Fiscalía⁷²³. En síntesis, la SPI no puede ir más allá del escrito de confirmación de cargos de la SCP, porque, en aras de un juicio justo, los hechos del juicio oral se encuentran predeterminados. Como destaca la doctrina, la SPI no está

⁷²⁰ Vid. ICC-01/04-01/06-2205, párr. 88).

⁷²¹ La norma 61.5 RC señala que: “*Si se concede la modificación, la Sala de Apelaciones deberá indicar el plazo dentro del cual el apelante deberá presentar el documento donde indicará los motivos modificados de la apelación y el número máximo de páginas de dicho documento. Las disposiciones de los numerales 2 y 3 de la norma 58 se aplicarán mutatis mutandis*”.

⁷²² Vid. a este respecto la STS (Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2010 y STS (Sala de lo Penal) de 12 de junio de 2012. A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el proceso penal, las partes no pueden configurar ni proponer el objeto del proceso, por consiguiente, las pretensiones de las partes no ostentan un papel decisivo. Así pues, en el proceso penal rigen los principios de necesidad y oficialidad, por lo que el mismo ha de iniciarse de oficio o a instancia de un órgano público. Respecto a las características del objeto del proceso penal, cabe señalar el vínculo que existe entre el mismo y el derecho de acción, tanto en cuanto, una vez iniciado el proceso por una de las partes (ya sea a través del Ministerio Fiscal o por la acusación particular, popular o privada) por medio de querrela criminal, se pone en conocimiento del órgano jurisdiccional aquel hecho que debe ser investigado por ser presuntamente constitutivo de delito o falta. En relación con lo anteriormente expuesto, el 277.4 LECrim establece que, la parte deberá poner de manifiesto una relación circunstanciada del hecho ejecutado, toda vez que, ante la comunicación del hecho criminal, la querrela del Fiscal es inevitable. Así pues, una vez formulada la querrela, en el supuesto de que sea admitida a trámite, el objeto del proceso ya existe, no obstante, ello no quiere decir que la regulación definitiva vaya a ser favorable (en este sentido se ha consultado la voz: “El objeto del proceso penal” en <https://www.iberley.es/temas/objeto-proceso-penal-52591>).

⁷²³ Vid. AMBOS, KAI y MILLER, DENNIS: “Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a comparative Perspective”, *International Criminal Review* 7 (2007), págs. 335 a 360. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2036398>.

facultada para incluir hechos adicionales que refieran los testigos durante el juicio oral al objeto fáctico del proceso, para ser posteriormente subsumidos en nuevos tipos penales de la propia SPI. Se aclaró, así pues, que el objeto fáctico del proceso tampoco se encuentra constituido por todos aquellos hechos que aparecen mencionados en la decisión de confirmación de cargos, sino tan solo los que subyacen a los elementos de los delitos que se imputan al acusado⁷²⁴.

X. Por otra parte, la decisión de la SPI I de 18 de enero de 2008, con los enfoques contrapuestos examinados, fue impugnada tanto por la acusación como la defensa ante la SA⁷²⁵. Los razonamientos de las impugnaciones pueden quedar reconducidos a tres cuestiones⁷²⁶: 1) si el concepto de víctima implica la configuración de una lesión personal y directa; 2) si la lesión de la víctima y el concepto de interés personal al que alude el art. 68.3 ER deben estar conectados con los términos de la acusación; y 3) si la participación procesal de las víctimas permitiría la presentación de pruebas por ellas mismas, o se cuestionaría la admisibilidad o relevancia de una determinada prueba.

En cuanto a la primera cuestión, la SA observó que la regla 85 RPP hace una distinción entre personas físicas y jurídicas (organizaciones o instituciones). Las RPP exige a estas últimas la lesión directa, siendo revelador por otra parte –a juicio de la SA–, la voluntad de restringir la amplitud del concepto en el caso de las organizaciones y no en el caso de las personas naturales. De ahí que la SA, tratándose de personas físicas, reconozca como víctima tanto a la que sufre una lesión como a la que soporta algún sufrimiento en razón de actos que alcanzan directamente a otras personas. Eso en el caso de Lubanga Dyilo tiene su importancia, ya que el reclutamiento y alistamiento no sólo alcanzó a éstos, sino que también afectó a sus padres.

Ahora bien, para la SA es primordial la dimensión personal del sufrimiento, más que el hecho de padecer una lesión directa o indirecta, a la hora de delimitar el concepto de víctima. Por tanto, al tratarse de un sufrimiento personal, no importa que la persona en cuestión sea víctima por su pertenencia a un colectivo, perseguido por razones étnicas o

⁷²⁴ Vid. OLÁSOLO, HÉCTOR KISS, ALEJANDRO, op. cit., pág. 13:36.

⁷²⁵ Vid. ICC-01/04-01/06 OA90A, de 11 de julio de 2008.

⁷²⁶ Cfr. ZILLI, MARKOS; MONTECONRADO, FABIOLA y MOURA, MARIA THEREZA, op. cit., pág. 126.

religiosas⁷²⁷. En opinión de MARCOS ZILLI, FABIOLA MONTECONRADO y MARIA THEREZA MOURA, los argumentos presentados por la SA pueden ampliar demasiado el concepto de víctima, dificultando el desarrollo del proceso⁷²⁸.

La segunda cuestión, esto es, si la lesión y el crimen deben estar conectados con los términos de la acusación, la SA entiende que la lectura conjunta del art. 68.3 ER y la regla 89.1 RPP, llevan a reconocer la existencia de esa restricción, aunque la regla 85 RPP no haga alusión alguna a la misma. No podría ser de otra manera, puesto que es doctrina dominante entender que los intereses personales son los afectados por el proceso que, a su vez, gravitan sobre una acusación. Esa es la causa por la que la víctima debe presentar sus solicitudes en la forma prevista en la subregla 1 de la regla 89 RPP, debiendo guardar un vínculo con el acto procesal que constituye el objeto del proceso⁷²⁹. En segundo lugar, la SA –y este razonamiento es clave–, entiende que corresponde a la SPI decidir si una persona es o no víctima, reconociendo la conexión entre la lesión sufrida y el crimen atribuido por la acusación. Testimoniada tal condición, la SPI procederá a examinar si los intereses de la víctima pueden ser afectados de alguna forma por el proceso; en caso afirmativo, se habilita su participación en el proceso.

La tercera cuestión hace alusión a la extensión del derecho de participación procesal de las víctimas. Confirma que la posibilidad de producción de prueba no es algo exclusivo de la acusación y defensa. Las víctimas también están facultadas para presentar y desarrollar pruebas, cuando fuesen habilitadas para participar en el proceso. Tal sería la dicción de los arts. 69.3 y 4 ER, que respectivamente afirman que:

“Las partes podrán presentar pruebas pertinentes a la causa, de conformidad con el artículo 64. La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos”.

⁷²⁷ El párrafo 35 manifiesta que: “The Appeals Chamber considers that there may clearly be harm that could be both personal and collective in nature. The fact that harm is collective does not mandate either its inclusion or exclusion in the establishment of whether a person is a victim before the Court”.

⁷²⁸ Cfr. ZILLI, MARKOS; MONTECONRADO, FABIOLA y MOURA, MARIA THEREZA, op. cit., pág. 127.

⁷²⁹ El párrafo 62 señala lo siguiente: “Given that the purpose of trial proceedings in the determination of the guilt or innocence of the accused person of the crimes charged, and the application under rule 89.1 of the Rules in this context is for participation in the trial, only victims of these crimes will be able to demonstrate that the trial, as such, affects their personal interests. Therefore, only victims who are victims of the crimes charged may participate in the trial proceedings pursuant to article 68.3 of the Statute read with rule 85 and 89.1 of the Rules”.

“La Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier perjuicio que pueda suponer para un juicio justo o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

Así pues, la SA entiende que la limitación de esta facultad a la víctima debilitaría extremadamente su ámbito procesal, conclusión contraria al espíritu del art. 68.3 ER⁷³⁰.

El párrafo 103 de la sentencia expresa la ausencia de prohibiciones normativas para impugnar la prueba por razones de inadmisibilidad, más allá de su obtención por violación de derechos humanos de las víctimas, violación de las reglas de confidencialidad o pruebas potencialmente peligrosas para la seguridad de las víctimas.

XI. Como se adelantó *ut supra*, la sentencia de la SA contó con los votos particulares del magistrado PHILIPPE KIRSCH y del magistrado GEORGHIOS M. PIKIS⁷³¹. Para PHILIPPE KIRSCH, la tercera cuestión planteada (si es posible que las víctimas que participan en un juicio presenten pruebas relacionadas con la culpabilidad o inocencia de los acusados e impugnen la admisibilidad o la pertinencia de las pruebas), ha de recibir una contestación negativa.

La presentación de pruebas relativas a la culpabilidad o inocencia es, primeramente, un planteamiento estrecho, ya que no cuestiona la posibilidad de que las víctimas sean citadas por el Fiscal como testigos⁷³². En su opinión, la presentación de pruebas relativas a la culpabilidad o inocencia corresponde exclusivamente a las partes (acusación y defensa). Para defender esta opinión, se basa en las responsabilidades atribuidas al Fiscal en los artículos 53, 54 y 58 del ER. Entre el elenco de atribuciones, ostenta la responsabilidad, antes del juicio, de la iniciación de una investigación y de la

⁷³⁰ Concretamente la SA se expresa en los siguientes términos: “To give effect to the spirit and intention of the article 68.3 of the Statute in the context of the trial proceedings it must be interpreted so as to make participation by victims meaningful. Evidence to be tendered at trial which does not pertain to the guilt or innocence of the accused would most likely be considered inadmissible and irrelevant. If victims were generally and under all circumstances precluded from tendering evidence relating to the guilt or innocence of the accused and from challenging the admissibility or relevance of evidence, their right to participate in the trial would potentially become ineffectual”.

⁷³¹ El resto de magistrados de la Sala eran Navanethem Pillay (Presidenta), Sang-Hyun Song y Erki Konrula.

⁷³² Así lo pone de relieve en el párrafo 3 de su voto.

investigación de los crímenes; de la presentación de pruebas a los efectos de solicitar una orden de detención; de la formulación de los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento de una persona; y de la determinación de las pruebas que deberían reproducirse en relación con los cargos en la audiencia de confirmación de cargos, teniendo además obligaciones específicas de divulgación en relación con las pruebas y con la carga de probar la culpabilidad.

Estas atribuciones y responsabilidades, en relación con la divulgación del material probatorio, las conecta con el artículo 67.2 ER, donde el Fiscal debe divulgar tan pronto como sea posible las pruebas que obren en su poder. También con la subregla 1 de la regla 76, donde el Fiscal debe comunicar a la defensa los nombres de los testigos que se propongan llamar a declarar en juicio. Igualmente con la regla 77, que obliga al Fiscal a permitir a la defensa inspeccionar objetos útiles para la defensa que obren en su poder; o la regla 81 RPP, que se refiere a determinadas restricciones a la divulgación de la prueba.

Pues bien, mediante estas conexiones, PHILIPPE KIRSCH entiende que ninguna de las disposiciones relativas a la divulgación, se refiere a ninguna clase de obligaciones de divulgación por parte de las víctimas. Ello le lleva a afirmar que, habida cuenta del carácter específico de estas obligaciones, si la intención de los redactores de las disposiciones pertinentes hubiese sido permitir a las víctimas que presentaran pruebas relativas a la culpabilidad o inocencia, lo habrían dicho expresamente, y las disposiciones relativas a la divulgación de las pruebas habrían previsto la divulgación por las víctimas en tales circunstancias⁷³³. Así pues, argumenta que las disposiciones específicas sobre divulgación tienen la finalidad de asegurar el procedimiento. Por ello, hay obligaciones específicas que imponen al Fiscal la obligación de divulgar las pruebas que sirven de ayuda a la defensa, y hay disposiciones que permiten que ambas partes se preparen adecuadamente para el juicio. El hecho de que no se imponga a las víctimas exigencia alguna en relación con la divulgación, indica que no se previó que las víctimas divulgaran, y posteriormente propusieran pruebas relativas a la culpabilidad o inocencia⁷³⁴.

⁷³³ Vid. párrafo 15 de su voto.

⁷³⁴ Vid. párrafo 16 de su voto.

También defiende, sobre la base del art. 69.3 ER –en armonía con el razonamiento de divulgación de las pruebas–, las mismas tesis para la presentación de las pruebas en el juicio mismo. Haciendo una interpretación literal del precepto, considera que son “las partes” quienes pueden presentar pruebas, y no otros participantes como las víctimas. Esta determinación de que sean las partes quienes presenten pruebas relativas a la culpabilidad o inocencia⁷³⁵, y no las víctimas, estaría en consonancia con el deseo general de asegurar que el procedimiento ante la CPI sea a la vez justo y expedito⁷³⁶. De esta manera, el acusado tendría frente a sí un Fiscal, de conformidad con el sistema del Estatuto, y no múltiples acusadores⁷³⁷.

En consecuencia, para PHILIPPE KIRSCH, el papel de las víctimas en las actuaciones del juicio, de acuerdo con el art. 68.3 ER, está perfectamente definido: únicamente la presentación de opiniones y observaciones, algo que difiere de la presentación de pruebas sobre la culpabilidad o inocencia, ya que de acuerdo con el sentido corriente de esas palabras, esta sería una actuación distinta⁷³⁸.

En lo atinente a la acción de impugnar la admisibilidad o pertinencia de las pruebas, el magistrado también disiente, lo cual no es sino una actitud coherente con el razonamiento previo. Para ello, toma como punto de referencia el párrafo 9 del artículo 64, donde se destaca que:

“La Sala de Primera instancia podrá, a petición de una de las partes o de oficio, entre otras cosas:

a) Decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas (...).”

En este precepto solo se menciona por tanto a las partes, sin que haya referencia alguna a que tales solicitudes puedan ser presentadas por un participante, lo que a efectos de la apelación equivale a la víctima. Finalmente, el magistrado cita la previsión específica de la regla 72 RPP, mediante la cual una víctima podría ser oída en relación

⁷³⁵ Vid. párrafo 23 de su voto.

⁷³⁶ En este aspecto hace alusión al art. 64.2 ER.

⁷³⁷ En el párrafo 24 del voto, menciona el art. 66.2 ER, ya que es el Fiscal quien tendría la carga de probar la culpabilidad en el juicio.

⁷³⁸ Vid. párrafos 29 y 30 del voto.

con la admisibilidad o la pertinencia de pruebas⁷³⁹ referentes al consentimiento de la víctima en el supuesto de un crimen de violencia sexual denunciado y temas conexos, lo que constituiría otra indicación de que cuando existe la intención de que una víctima puede desempeñar un papel directo en relación con la admisibilidad o la pertinencia de las pruebas, se ha incluido una disposición específica en tal sentido. Para él, la regla 72 RPP es la excepción regulada por separado, a la regla general expuesta *ut supra*.

En un primer estadio de razonamiento entendemos que, desde una hermenéutica literal de los artículos 53, 54, 58 y 67.2 ER, así como las reglas 77 y 81 RPP, asiste la razón a PHILIPPE KIRSCH, pues su argumentario no es sino fiel reflejo de que las partes quedan circunscritas a la acusación y a la defensa y, por tanto, el razonamiento queda enmarcado *a priori* en la lógica procesal establecida por el ER. Pero el esfuerzo argumentativo del resto de magistrados demuestra –desde nuestra perspectiva-, un válido encaje en el que se conjuga un legítimo y razonable ensanche del derecho de participación procesal de la víctima con el espíritu del art. 68.3 ER. Concretamente, esta opinión se basa en el principio inspirador de facultar a las víctimas a expresar sus opiniones y observaciones en tanto sus intereses personales se vean afectados. Además, creemos que la Sala ya actúa *per se* como tamiz al examinar la afección de los intereses personales, por lo que el desarrollo normal del proceso –que es precisamente uno de los argumentos de PHILIPPE KIRSCH-, no se ve afectado.

XII. El otro magistrado que emitió una opinión distinta fue GEORGHIOS M. PIKIS, que disintió sobre la tercera cuestión planteada⁷⁴⁰, donde, recordemos, se planteaba la posibilidad de que las víctimas que participan en un procedimiento presenten pruebas relacionadas con la culpabilidad o inocencia de los acusados, e impugnen la admisibilidad o pertinencia de las pruebas. Para este jurista, las víctimas no pueden producir pruebas relativas a la culpabilidad o la inocencia de los acusados, ni impugnar la admisibilidad o la pertinencia de la prueba, porque el ER no permite que en la prueba o la refutación de los cargos participe nadie más que el acusado o el Fiscal⁷⁴¹.

Al igual que el otro magistrado disidente del resto de la SA, alude a que el Fiscal es la única autoridad a la que se confiere la atribución de realizar investigaciones, siendo la

⁷³⁹ Vid. párrafo 37 del voto.

⁷⁴⁰ Vid. el voto en www.legal-tools.org/doc/19fe6e/pdf/, consultado en fecha 5 de agosto de 2017.

⁷⁴¹ Vid. párrafo 5 del voto.

iniciación de la investigación el prelude de cualesquiera medidas que puedan tomarse posteriormente para llevar a una persona ante la justicia. También entiende que es deber del Fiscal proporcionar a la persona que se está investigando un ejemplar del documento en que se formulen los cargos, divulgando las pruebas pertinentes relativas a la causa, salvo las excepciones previstas en la regla 81 RPP⁷⁴². Asimismo, los cargos deben ser aprobados por la SCP, una vez que el Fiscal presente “respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa”⁷⁴³.

De ahí que, para él, nadie más que el Fiscal está investido de autoridad para producir pruebas en la audiencia de confirmación, pruebas que pueden ser impugnadas por el acusado, quien también tiene derecho a impugnar los cargos, a impugnar las pruebas presentadas por el Fiscal, y a presentar sus propias pruebas⁷⁴⁴.

Al igual que sucedía con PHILIPPE KIRSCH, para GEORGHIOS M. PIKIS el Fiscal es la única autoridad a la que el acusado tiene que enfrentarse en relación con los cargos⁷⁴⁵. Podemos recurrir a una serie de decisiones del TEDH⁷⁴⁶ –todas referentes al juicio contradictorio-, en las que se destaca la idea de que un juicio justo necesita un acusador previamente identificado, así como una serie de derechos tales como la divulgación previa de las pruebas que se presentarán en el juicio, al objeto de preparar la defensa⁷⁴⁷.

La primera es el caso *Brandstetter c. Austria*, donde se destaca que el procedimiento contradictorio entraña el derecho, en un caso penal, “a que se garantice tanto a la acusación como a la defensa la oportunidad de tener conocimiento de las observaciones presentadas y las pruebas producidas por la otra parte y de formular comentarios sobre unas y otras”⁷⁴⁸. En esta audiencia contradictoria, Fiscalía y defensa estarían en oposición, enfrentadas mutuamente en un proceso cuya finalidad es determinar si finalmente la Fiscalía ha cumplido con la carga que le incumbía.

⁷⁴² Vid. párrafo 9 del voto.

⁷⁴³ Vid. el art. 61.5 ER.

⁷⁴⁴ Vid. párrafo 9 del voto, así como el art. 61.6 ER.

⁷⁴⁵ Vid. párrafo 12 del voto.

⁷⁴⁶ Vid. párrafo 14 del voto.

⁷⁴⁷ Vid. art. 67 ER.

⁷⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Brandstetter c. Austria*, sentencia de 28 de agosto de 1991, demanda N° 11170/84; 12876/87; 13468/87, párr. 66.

El segundo caso que cita es el de *Dombo Beheer BV c. los Países Bajos*⁷⁴⁹, en el que se subrayó que, en los casos penales, se deben observar estrictamente los requisitos de una audiencia contradictoria. Todo esto no sería sino reflejo de que el procedimiento contradictorio tiene “la finalidad de asegurar los intereses de las partes y los de la recta administración de justicia”, como se destaca en la sentencia *Nideröst-Huber c. Suiza*⁷⁵⁰.

Asimismo, también entiende que la participación de las víctimas en el procedimiento está limitada a la expresión de sus opiniones y observaciones, siendo así que “las víctimas no se convierten en partes del procedimiento ni pueden proponer ni formular nada más que sus opiniones y observaciones”. Estas opiniones y observaciones deberían ceñirse, exclusivamente, a la causa que legitima su participación, es decir, a lo que las distingue de las demás víctimas, a saber, sus intereses personales en la medida en que se han visto afectados por el procedimiento. Para GEORGHIOS M. PIKIS, la regla 91 RPP es clara al exponer los parámetros de participación⁷⁵¹. En ella quedaría claro que las víctimas no pueden interrogar a los testigos por derecho propio, sino únicamente si han sido autorizadas por la Sala, y en la forma prescrita por esta, quien, debe velar por que todas las posibles preguntas estén totalmente relacionadas con los intereses personales de quien las formula.

También hace una consideración en torno a la seguridad y derechos de las víctimas, puesto que destaca que su participación en el juicio no es un requisito previo para reclamar una reparación⁷⁵². Para ello se apoya en la regla 94 RPP, que determina los elementos que debe aportar una víctima que reclama una reparación, en contraposición al sistema del ER, donde sólo se puede reclamar una reparación contra una persona declarada culpable⁷⁵³.

En lo concerniente a la legitimación de las víctimas para impugnar la admisibilidad o pertinencia de las pruebas, es coherente con lo que argumenta respecto de un proceso contradictorio. El criterio para la recepción de las pruebas sería la pertinencia en relación con el objeto del procedimiento, es decir, los cargos. La prueba o la refutación de los cargos es un tema que afectaría a los adversarios. Concretamente, llega a afirmar

⁷⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dombo Beheer BV c. los Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1993, demanda N° 14448/88, párr. 32.

⁷⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nideröst-Huber c. Suiza*, sentencia de 2 de enero de 1997, demanda N° 104/1995/610/698, párr. 30.

⁷⁵¹ Vid. párr. 17 del voto.

⁷⁵² Vid. párr. 18 del voto.

⁷⁵³ Vid. art. 77.2 ER.

que: “Las víctimas no tienen voz en ese tema. Su interés consiste en que se haga justicia, coincidiendo con el interés del mundo en general en que el proceso penal se desarrolle conforme a derecho, en consonancia con los criterios definitorios de un juicio justo”⁷⁵⁴. Consecuentemente, llega a manifestar que: “Tanto la presentación de las pruebas como su recepción afectan a las partes en el contradictorio. No es un tema de incumbencia de las víctimas, sino un tema directamente relacionado con la recepción de las pruebas, a fin de probar o refutar los cargos”⁷⁵⁵.

A la hora de realizar una valoración sobre el voto de GEORGHIOS M. PIKIS, hemos de poner en alza nuevamente el ecléctico panorama esbozado por el ER, en el que la exclusión de la víctima como parte no implica su apartamiento completo del procedimiento, en virtud del art. 68.3 ER. Aun a riesgo de errar –piénsese en el pugilato jurídico que este extremo ha propiciado y el escaso margen por el que se dirimió la cuestión-, la línea favorable adoptada por la sentencia parece más acorde con la tendencia pluriofensiva de los delitos juzgados por la CPI, y, por tanto, en un marco totalmente distinto al de las sentencias del TEDH que cita. Es decir, que esta facultad atribuida a las víctimas fomenta un reconocimiento a su figura, y promueve de manera decidida el interés de la justicia. El estudio que se realiza para comprobar si sus intereses quedan afectados, limita la introducción de nuevos elementos que podrían obstaculizar el mandato de impulsar un juicio justo y expedito, y, a la luz de la práctica más reciente, no se puede afirmar que el acusado quede desprotegido desde el punto de vista procesal. Más bien puede afirmarse que se ha valorado la prueba propuesta por la víctima, y que la defensa ha tenido la opción de enervarla llegado el caso.

XIII. Otra cuestión importante en el proceso ante la CPI, es el relacionado con la representación de las víctimas menores. En este sentido, el proceso contra Thomas Lubanga Dyilo también tuvo consecuencias (a través de la decisión de la SPI I de 15 de diciembre de 2008) en relación con el alistamiento y reclutamiento de menores⁷⁵⁶.

La primera cuestión que se planteó fue la de si era necesaria una relación de parentesco o guarda legal respecto del menor. Dadas las características del conflicto

⁷⁵⁴ Vid. párr. 19 de su voto.

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

⁷⁵⁶ Vid. ICC-01/04-01/06.

armado en la República Democrática del Congo y las pérdidas familiares de las víctimas (en ocasiones familias enteras), se consideró adecuado que fuesen aquellas personas con las que se mantuviese una relación de confianza o proximidad, las que actuase como representantes de los menores. Así pues, se constituyeron como tales, profesores, líderes comunitarios, o incluso miembros de organizaciones no gubernamentales. El párrafo 67 de la decisión expresa la idea de que la subregla 3 de la regla 89 RPP⁷⁵⁷ no exige condiciones o formalidades especiales para la representación de la víctima.

En cuanto a las víctimas que eran menores de edad, y alcanzaron la mayoría de edad durante el desarrollo del proceso, el párrafo 78 de la citada decisión manifestó que no era necesario exigir una ratificación, presumiéndose la continuidad del consentimiento, salvo manifestación en contrario.

XIV. También es interesante examinar, por todo lo que se ha ido apuntando, el doble estatus en el que se pueden encontrar algunas víctimas que también son testigos. La decisión de 5 de junio de 2008 de la SPI I⁷⁵⁸ recogió la posibilidad de ostentar ambas posiciones⁷⁵⁹ siempre que se mantengan las siguientes premisas: su participación no debe comprometer la seguridad del individuo; el doble estatus no concede derechos adicionales sobre alguien que únicamente es testigo o únicamente víctima; y la comunicación con las diferentes secciones del Registro de la Corte –órgano central encargado de proteger tanto a testigos como víctimas-, debe ser directa y continua. Finalmente, esta decisión de la SPI también contiene indicaciones para la Unidad de Víctimas y Testigos, tales como que el programa de protección debe ser confidencial, o la ausencia de obligación de esta Unidad para revelar a una parte detalles de individuos, o la necesidad de estar al corriente de la doble condición.

⁷⁵⁷ Señala que: “También podrá presentar una solicitud a los efectos de la presente regla una persona que actúe con el consentimiento de la víctima o en representación de ella en el caso de que sea menor de edad o tenga una discapacidad que lo haga necesario”.

⁷⁵⁸ Constituida por los magistrados Adrian Fulford, Elizabeth Odio Benito y René Blattmann.

⁷⁵⁹ Vid. ICC-01/04-01/06 párr. 52.

2.4.- La víctima en la fase de apelaciones

2.4.1.- Marco general

I. La posibilidad de las partes del proceso de impugnar las resoluciones judiciales es una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial, que incluye el derecho de acceso al recurso cuando éste se halle legalmente previsto. A modo de introducción, puede pues afirmarse que el derecho al recurso es de configuración legal, en términos generales, desde el punto de vista de los sistemas procesales romano-germánicos y de *common law*, aunque en su configuración el legislador tiene limitada su libertad, de acuerdo con el art. 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁷⁶⁰ (en adelante PIDCP), que forma parte del Derecho interno español, y que dispone que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, de acuerdo con lo estipulado en la legislación⁷⁶¹. En el mismo sentido el art. 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (en adelante CEPDH), recoge la posibilidad de que sean los Estados los que decidan las modalidades del ejercicio del reexamen, pudiendo restringir su extensión⁷⁶². A su vez, el Protocolo número 7 al CEPDH, establece en su artículo 2.1 que:

“Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley”.

Lo hasta aquí reseñado ha suscitado la duda sobre si los citados preceptos internacionales imponen un derecho al doble grado de jurisdicción que prevea en todo caso un recurso ordinario de apelación contra la sentencia y de si el sistema procesal español se adecúa a dicha exigencia, toda vez que en ocasiones sólo prevé la casación

⁷⁶⁰ Este artículo señala que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

⁷⁶¹ Si bien el PIDCP hace alusión exclusivamente al fallo judicial.

⁷⁶² Concretamente el art. 13 señala que: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

como único recurso contra la sentencia penal⁷⁶³. Al objeto de sistematizar este extremo, examinaremos primero el carácter otorgado por la jurisprudencia en este punto, para después examinar el sistema procesal español de recursos se adecúa a los compromisos internacionales, destacando después las diferencias entre segunda instancia y apelación, y, finalmente, dedicar un epígrafe a buscar el encaje y semejanzas con la fase procesal de apelación en el ámbito de la CPI.

II. El tratamiento jurisprudencial⁷⁶⁴ dispensado a esta cuestión puede resumirse de la siguiente manera⁷⁶⁵:

a) La interpretación que realiza el TEDH del art. 13 del CEPDH así como del art. 14.5 del PIDCP, es tajante al manifestar que los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio de reexamen, y pueden restringir su extensión. Además, declara que el reexamen efectuado por una jurisdicción suprema –como puede ser el caso del Tribunal Supremo–, no es un aspecto contrario al art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas⁷⁶⁶.

b) Como resalta la STC 51/1985, de 10 de abril, así como la STC 30/1986, de 20 de febrero, los dos convenios citados no imponen la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y el canon de admisibilidad, ni autorizan la utilización de recursos inexistentes. El aspecto decisivo estriba en la existencia de un recurso efectivo que permita el control jurisdiccional posterior de la pena y el fallo, así como de los hechos probados en los que se fundamenta el fallo condenatorio. En este sentido, la posibilidad de controlar en vía de casación cuestiones de hecho relativas a la valoración de la prueba –que es una posibilidad real si bien está limitada–, hace que el recurso de

⁷⁶³ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado en su dictamen de 20 de julio de 2000, que la ausencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisados íntegramente –limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia–, no cumple con las garantías previstas en el art. 14.5 del PIDCP. Por otra parte, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, afirma que pretende la generalización de la segunda instancia penal y con ello, además de una posible reducción de la carga de trabajo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, resolver la controversia surgida como consecuencia del dictamen de 20 de julio de 2000, en el que se mantuvo que el entonces vigente sistema de casación español vulneraba el PIDCP.

⁷⁶⁴ Vid. STC 296/2005, de 21 de noviembre; STC 139/2006, de 8 de mayo; STC 29/2008, de 20 de febrero; STS (Sala de lo Penal), de 28 de diciembre de 2007; STS (Sala de lo Penal), de 18 de mayo de 2006.

⁷⁶⁵ Vid. a este respecto MELÓN MUÑOZ, ALFONSO (coord.): “Memento práctico de procesal penal”, ed. Francis Lefebvre, 2012, pág. 418.

⁷⁶⁶ En la STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, se declara conforme al Protocolo 7 del CEPDH el modelo de casación francés, que examina únicamente la aplicación del Derecho.

casación previsto en la legislación española, constituya un recurso efectivo en el sentido otorgado por el art. 14.5 del PIDCP.

c) Esta perspectiva del proceso, es la dominante en los Estados europeos de nuestro entorno, que lógicamente también son parte del PIDCP y CEPDH⁷⁶⁷. Puede traerse a colación el caso de Francia⁷⁶⁸, donde la repetición del juicio en la apelación tampoco es necesaria, o el de Italia, cuya Constitución sólo prevé como necesario un recurso de casación por violaciones de ley⁷⁶⁹.

Haciendo una semblanza de la actual configuración positiva del recurso contra la sentencia en el proceso penal español, podemos destacar los tres siguientes sistemas⁷⁷⁰:

a) Un sistema puro de doble instancia, donde cabe la interposición de un recurso de apelación contra las sentencias dictadas por órganos judiciales unipersonales en los procedimientos abreviado y de enjuiciamiento rápido y en el juicio de faltas, sin que la sentencia de apelación sea susceptible de ulterior recurso⁷⁷¹.

b) Un sistema de doble instancia con posibilidad de posterior casación. Las sentencias dictadas en primera instancia por el tribunal del jurado son recurrible en apelación ante la sala de lo civil y penal del tribunal superior de justicia de la correspondiente comunidad autónoma⁷⁷², contra cuya resolución puede interponerse recurso de casación⁷⁷³. Si por razón de aforamiento del acusado el juicio de jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un tribunal superior de justicia⁷⁷⁴, no cabe en el primer caso recurso alguno contra la sentencia, pudiendo interponer en el segundo sólo el de casación.

⁷⁶⁷ Vid. STS, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2011.

⁷⁶⁸ Vid. art. 513 del Code de Procedure Penale, en el que se deja a consideración de la Cámara de apelación la posibilidad de oír o no a los testigos.

⁷⁶⁹ Vid. art. 111 de la Constitución italiana. A su vez, el art. 603 del Codice di Procedura Penale no establece como necesaria la repetición del debate, salvo que el juez estime que no puede decidir según el estado de las actuaciones.

⁷⁷⁰ Vid. MELÓN MUÑOZ, ALFONSO (coord.), op. cit., pág. 421.

⁷⁷¹ Vid. arts. 790.1, 792.3, 803.1 y 976.1 LECrim.

⁷⁷² Vid. art. 846 bis a) LECrim.

⁷⁷³ Vid. art. 847 a) LECrim.

⁷⁷⁴ Vid. art. 2.1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

c) Sistema de única instancia. Contemplable contra las sentencias dictadas en única instancia por los órganos judiciales colegiados, donde cabe interponer el recurso de casación⁷⁷⁵, salvo que conozca el Tribunal Supremo por razón de aforamiento.

III. Llegados a este punto, conviene incidir –aunque sea someramente- en la distinción entre segunda instancia y apelación. Desde la óptica jurídica, la segunda instancia hace referencia a un sistema de organización del proceso por el cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado⁷⁷⁶, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo –representado por la segunda instancia-, prevalece sobre el primero. Las principales características de la segunda instancia pueden resumirse en las siguientes⁷⁷⁷: 1) el segundo examen y revisión son realizados por un órgano ajeno al que efectuó el primer examen. Esto implica que la segunda instancia tiene un efecto devolutivo; 2) el segundo examen se produce si una de las partes lo solicita expresamente, es decir, tiene una naturaleza potestativa; 3) la legitimación para pedir el segundo examen y decisión se confiere a todas las partes. Ahora bien, para que ambas desplieguen efectos, la parte solicitante debe haber sido perjudicada por el contenido de la decisión, surgiendo así lo que se denomina “gravamen para recurrir”; 4) el segundo examen y decisión sobre el tema de fondo debe tener el mismo objeto que el primero, esto es, misma *causa petendi*. La segunda instancia sólo podrá examinar las pretensiones oportunamente planteadas deducidas en la primera instancia, sin que puedan introducirse novedades en el recurso; 5) en el tribunal de segunda instancia no se pueden revisar los extremos consentidos por las partes, ya que tienen efecto de cosa juzgada.

Por su parte, el recurso de apelación, a raíz de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, se erige en un recurso de cognición fáctica limitado por el respeto al derecho fundamental a un juicio justo, o lo que es lo mismo, un proceso con todas las garantías. Con carácter previo a la sentencia del alto tribunal, el sistema procesal penal concedía amplias facultades al tribunal de apelación para modificar los hechos declarados

⁷⁷⁵ Vid. art. 847 LECrim y art. 324 de la Ley Orgánica y art. 324 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

⁷⁷⁶ Vid. arts. 166, 790 a 793, 803, 846 bis a) a 846 ter, 976 y 977 de la Lecrim.

⁷⁷⁷ Vid. por ejemplo:

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC1MjM7Wy1KLizPw8WyMDAwsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqALkcwhM1AAAWKE>, consultado en fecha 28 de noviembre de 2018.

probados a la vista de los autos y del acta del juicio, y cambiar el sentido del pronunciamiento. Con posterioridad a dicha sentencia –verdadero punto de inflexión–, se estableció que la revocación de una sentencia absolutoria, para transformarla en condenatoria, exigía la presencia y declaración del acusado, así como la práctica de toda la prueba ante el tribunal de apelación⁷⁷⁸. Así pues, dado que en la legislación procesal española no es posible repetir la prueba en segunda instancia, es imposible que un tribunal de apelación pueda revocar una sentencia absolutoria y transformarla en condenatoria, salvo que se basara únicamente en la prueba documental o pericial unánime, ya que no resultaría vulnerado en principio de inmediación.

Entre las diversos tipos de apelaciones que a continuación se describirán, consideramos que la apelación del fallo condenatorio o absolutorio de la pena previsto en el art. 81 ER, ostenta a grandes rasgos los elementos característicos de la segunda instancia. Esta afirmación se asienta sobre la necesidad de que sea una sala distinta a la SPI, es decir, la SA, la encargada de efectuar un nuevo análisis sobre el tema de fondo planteado⁷⁷⁹. Además, la interposición del recurso de apelación tiene carácter potestativo, porque son las partes –Fiscal y condenado– quienes pueden interponer el recurso por los motivos tasados en el art. 81.1 ER. Esta naturaleza potestativa queda también reflejada en la regla 152 RPP, que faculta al apelante para desistir en cualquier momento antes de que se dicte sentencia⁷⁸⁰. Es, por otra parte, la decisión de la SA la que prevalece, porque puede revocar o enmendar el fallo o la pena, o decretar un nuevo juicio en otra SPI, o incluso devolver una cuestión de hecho a la SPI original para que las examine y le informe según corresponda, o podrá ella misma pedir pruebas para dirimirla⁷⁸¹.

A la luz de lo anterior puede afirmarse que la posibilidad de recurrir el fallo, y el procedimiento establecido entorno a esta opción, se adecúa perfectamente a los estándares exigidos a la normativa internacional de referencia. Un buen ejemplo lo

⁷⁷⁸ Ello es consecuencia de la consagración del principio según el cual sólo el tribunal que ha visto y oído al acusado y a los testigos puede dictar sentencia condenatoria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.2 CE.

⁷⁷⁹ Vid. art. 83.1 ER. Precisamente la nomenclatura de Sala de “Primera Instancia”, sugiere la posibilidad de acudir a una instancia superior.

⁷⁸⁰ No obstante, si fue el Fiscal quien interpuso el recurso de apelación en representación de un condenado, de conforme al art. 81.1 b) ER, antes de presentar un escrito de desistimiento de la apelación comunicará al condenado que se propone a hacerlo, a fin de que éste tenga la posibilidad de continuar la apelación. Esto es una exigencia de la regla 152 RPP.

⁷⁸¹ Vid. art. 83.2 ER.

constituye el caso de Jean Pierre Bemba *et alia*, que fue condenado en fecha de 21 de junio de 2016 a dieciocho años de prisión⁷⁸², por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁷⁸³ y que interpuso un recurso de apelación junto con el Fiscal. El 8 de junio de 2018⁷⁸⁴ la SA determinó que no se podía atribuir la responsabilidad penal del asesinato, violación y pillaje del personal citado en el párrafo 116 de la resolución de la SA. La minuciosidad y extensión del reexamen en ese caso concreto nos lleva a comprobar que la finalidad del recurso, desde el punto de vista procesal, cumple sobradamente los objetivos de una segunda instancia.

⁷⁸² Vid. el historial del caso en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180608-bemba-qa_Eng.pdf , consultado en fecha 14 de septiembre de 2018.

⁷⁸³ Concretamente asesinatos, violaciones y pillaje en el caso de los crímenes de guerra, y asesinato y violaciones en el caso de los crímenes contra la humanidad. Todo ello cuando tenía bajo su autoridad y control efectivo a los integrantes del *Mouvement de Libération du Congo* (MLC) en la República Centroafricana entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003. Vid la sentencia completa en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_04476.PDF .

⁷⁸⁴ Vid. <http://www.legal-tools.org/doc/40d35b/pdf/> , consultado en fecha 14 de septiembre de 2018.

2.4.2.- La posibilidad de apelar en el ámbito de la CPI: la víctima como parte y como solicitante en el recurso de apelación

I. En el caso de la participación de las víctimas en la fase de apelación, podemos distinguir tres ámbitos, a saber:

- La posibilidad de intervenir en apelaciones interlocutorias interpuestas de conformidad con los apartados a) y b) del artículo 82.1 del ER;
- Las apelaciones interlocutorias interpuestas de acuerdo con el apartado d) del art. 82.1 ER.
- En la fase de apelación en lo concerniente a las reparaciones, de acuerdo con lo establecido en el art. 82.4 ER.

II. El examen de estos tres supuestos permite distinguir una doble vertiente, a saber, la posibilidad de que la víctima se erija en parte o en solicitante⁷⁸⁵. En calidad de parte, con carácter excepcional, porque así lo dispone el art. 82.4 ER, circunscribiendo tal posibilidad a la impugnación en materia de reparaciones reflejada en el fallo judicial; en este sentido, su figura se asemeja a las partes procesales. Como solicitante (o participante) en relación a decisiones dictadas por las salas a lo largo del procedimiento, esto es, las apelaciones interlocutorias.

2.4.2.1.- La impugnación en materia de reparaciones: la víctima como parte

I. En el supuesto de que la víctima impugne la decisión sobre las reparaciones con arreglo al art. 84.2 ER y regla 150 RPP, su pretensión debe ir acompañada de la información requerida en la Norma 57 RC⁷⁸⁶ y del documento justificativo de la apelación que previene la Norma 58 RC, dentro de los 90 días siguientes a la motivación

⁷⁸⁵ Algún sector doctrinal como ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD utiliza el término participante. En el presente trabajo, al objeto de evitar confusiones, utilizaremos el de solicitante (y del que se deriva una posible participación sin ser parte).

⁷⁸⁶ Esta Norma establece que: “A los efectos de la regla 150, el apelante deberá presentar una notificación de apelación en la que indicará: a) El nombre y número de la causa; b) La fecha de la sentencia condenatoria o absolutoria, la pena, o la decisión de otorgar reparación contra la que se apela; c) Si la apelación se refiere a la sentencia en su totalidad o solamente a una parte de la misma; d) La reparación que se pretende obtener”.

del fallo pertinente⁷⁸⁷. Continuando con las disposiciones del RC observaremos que, en su condición especial de parte, las víctimas pueden presentar una modificación de los motivos de la apelación –especificando el nombre, número de causa, modificación que se pretende y los motivos que la justifican-, de acuerdo con la Norma 61. También pueden presentar pruebas adicionales, siempre que argumenten de manera convincente las causas por las que no presentaron dichas pruebas ante la SPI con anterioridad, de acuerdo con la Norma 62. Algunos de estos rasgos relativos a la justificación de la interposición del recurso pueden apreciarse en el art. 790.2 LECrim. Esta primera vía de impugnación en la que la víctima tiene todos los atributos de las partes procesales, no nos genera gran problemática. Entendemos que esta excepcionalidad respecto a la víctima prevista por los redactores del ER y de las RPP trae causa en que los fines primordiales del proceso –castigo de crímenes de gran trascendencia para la comunidad internacional, prevención de nuevos delitos y paz y seguridad internacional- ya se habrían visto cumplidos. Una mayor problemática se desprende en el caso de la víctima y su “participación” en la impugnación de apelaciones interlocutorias⁷⁸⁸.

2.4.2.2.- La impugnación de las apelaciones interlocutorias: la víctima como solicitante

I. El segundo supuesto mencionado es el de la víctima como solicitante o “participante” en el ámbito de las apelaciones interlocutorias. Cabe recordar que las apelaciones interlocutorias son todas aquellas relativas a la admisibilidad o competencia, las que autorizan o deniegan la libertad de la persona objeto de la investigación o

⁷⁸⁷ Este documento justificativo de apelación debe contener los motivos de la apelación, divididos en dos partes: causas de la apelación y fundamentos jurídicos y/o fácticos que justifiquen el motivo.

⁷⁸⁸ Por citar algún ejemplo de la SA expresándose en estos términos, vid. ICC-012951-06/01-04/ A4 A5 A6, Sala de Apelaciones, 13 de diciembre de 2012, párrs. 14- y párrs. 2 y 3 de la parte dispositiva de la decisión. Concretamente la parte que establece: “*En lo concerniente a las apelaciones presentadas por los Representantes legales de las víctimas y por la Oficina Pública de Defensa de las víctimas, la Sala de Apelaciones hace notar desde el principio que, con arreglo al párrafo 4 del artículo 82 del Estatuto, las víctimas tienen derecho a apelar. Son por lo tanto partes en las actuaciones y no, como es el caso en otras fases del juicio, participantes que, conforme al párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto, pueden presentar sus opiniones y observaciones si se vieran afectados sus intereses personales. Asimismo, la Sala de Apelaciones observa que el derecho a apelar recae en las víctimas, no en los Representantes legales de las víctimas. Al respecto, en el párrafo 4 del artículo 82 del Estatuto se estipula que las víctimas pueden apelar únicamente –como se ha aludido insistentemente- con la asistencia de un Representante legal, como es el caso en estas apelaciones*”.

enjuiciamiento, o una decisión de la SCP de actuar de oficio de conformidad con el art. 56.3 ER, como ha destacado MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO⁷⁸⁹. Estas últimas hacen referencia a todas aquellas medidas esenciales para la defensa en juicio, no solicitadas por el Fiscal, entre las que destacan aquellas que afectan de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la SCP o la SPI, una resolución de la SA puede acelerar materialmente el proceso. Están reguladas en el art. 82.1 ER:

“1. Cualquiera de las partes podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, de las siguientes decisiones:

- a) Una decisión relativa a la competencia o la admisibilidad;*
- b) Una decisión por la que se autorice o deniegue la libertad de la persona objeto de investigación o enjuiciamiento;*
- c) Una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de actuar de oficio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 56;*
- d) Una decisión relativa a una cuestión que afecte de forma significativa a la justicia y a la prontitud con que se sustancia el proceso o a su resultado y respecto de la cual, en opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia, una resolución inmediata de la Sala de Apelaciones pueda acelerar materialmente el proceso.*

II. En estas apelaciones interlocutorias, se habilita la participación de las víctimas si demuestran que sus intereses personales quedan afectados por las cuestiones apeladas, y si la SA considera que su participación es conveniente. Hasta diciembre de 2012, como ha puesto de relieve, entre otros, ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD, la participación de las víctimas ante la SA se había limitado a procedimientos que versaban sobre apelaciones interlocutorias⁷⁹⁰. La primera vez que la SA se pronunció sobre la

⁷⁸⁹ Vid. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “La apelación de las resoluciones interlocutorias en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, en “Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, coord. AMBOS, KAI, ed. Comares, 2008, págs. 23 a 54.

⁷⁹⁰ Vid. ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA, op. cit., págs. 181 y siguientes.

posibilidad de que las víctimas participaran en el procedimiento de apelación fue en el caso de Thomas Lubanga. En este caso, la defensa impugnó la decisión de la SCP I relacionada con la puesta en libertad de Lubanga⁷⁹¹, concretando la SA las condiciones que debían reunir las víctimas para participar en esta fase del procedimiento⁷⁹². Como en ese caso las víctimas que solicitaron participar en las apelaciones ya eran víctimas autorizadas a participar ante la SCP, la decisión de la SA se centró en determinar si las víctimas debían presentar una solicitud *ad hoc* para poder participar en el procedimiento que ante ella se iba a desarrollar. La SA, determinó que de acuerdo con el art. 68.3 ER, las víctimas que desearan participar en las apelaciones debía presentar una nueva solicitud de apelación, emitiendo a su vez la SA una decisión al respecto. Se excluye así la norma 86.8 RC, por entender la SA que una apelación interlocutoria es una fase separada y distinta del procedimiento. Así pues, para la SA no hay un derecho automático de participación en las apelaciones que pueden plantearse respecto de sus decisiones, ya que en el momento en el que toma la decisión relacionada con la participación de las víctimas no conoce si se formularán o no apelaciones, ni cuál será su objeto o naturaleza, por lo que no podrían haber valorado la pertinencia de su participación ni la afección de sus intereses personales.

En palabras de la SA, esta entiende que: “no puede estar automáticamente vinculada por la anterior determinación de la SCP de que era conveniente que las víctimas participaran ante el tribunal de primera instancia”. Es necesaria, consecuentemente, una nueva constatación por parte del tribunal de la afectación del interés de la víctima en el trámite procesal concreto. Esta constatación, de acuerdo con una decisión de la SA, versará sobre los siguientes puntos: “La Sala de Apelaciones examinará cada solicitud de participación en las apelaciones a la luz de la interpretación inicial del marco legal establecido por el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto para otorgar participación, es decir,

- i) si los individuos que buscan participar son víctimas de la causa,
- ii) si tienen intereses personales que se ven afectados por las cuestiones apeladas,
- iii) si su participación es conveniente y, por último

⁷⁹¹ Cfr. ICC-01/04-01/06-824 OA7.

⁷⁹² Cfr. ICC-01/04-01/06-1335 OA9, decisión de la SA de 16 de mayo de 2008, párrs. 35-50.

iv) que la manera en la que participen no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea compatible con éstos”⁷⁹³.

Por ello, al tratar de demostrar que los intereses personales están afectados, las víctimas deberían garantizar, entre otras cuestiones, que los hechos concretos que justifican sus solicitudes individuales están comprendidos en el asunto objeto de apelación⁷⁹⁴. En palabras del propio tribunal:

“a las víctimas a/0090/06 y a/0098/06 se les otorgó el estatus de víctima basado en parte en el trauma psicológico, lo que constituye un daño emocional, sufrido a causa de “presenciar eventos de carácter extremadamente violento e impactante”. Como han sido caracterizados por la Sala, estos eventos de carácter extremadamente violento e impactante por lo general incluían eventos en los que las víctimas eran testigos del asesinato o la lesión de personas, por lo que se determinaba subsecuentemente que habían sufrido daño emocional. Las víctimas a/0118/06 y a/0122/06 también fueron reconocidas como víctimas, entre otras cosas, a causa del daño emocional sufrido como consecuencia de lesiones físicas sufridas por una persona o personas específicas, a pesar de la ausencia de prueba de la identidad y/o de la relación de esta última con los solicitantes.

Al intentar demostrar que sus intereses personales se ven afectados, las víctimas en general deben asegurarse, entre otras cosas, de que se haga referencia expresa a hechos concretos que sustentan sus solicitudes individuales, y a la manera precisa en la que estos hechos caen dentro de la cuestión que se encuentra bajo consideración en apelación. La Sala de Apelaciones observa que, en la presente causa, las exposiciones presentadas en relación con los intereses personales de la víctima eran de una naturaleza amplia y general. No obstante este factor, la Sala de Apelaciones acepta la esencia de los alegatos de las víctimas de que tanto el estatus como el derecho a participar de las cuatro

⁷⁹³ Vid. ICC-01/04-01/06-1335 OA9 OA10, Sala de Apelaciones, 16 de mayo de 2008, párr. 3536. Existen otros muchos pronunciamientos a este respecto como: n° ICC-01/04-01/06-824-tSPA OA7, Sala de Apelaciones, 13 de febrero de 2007, párr. 43; ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, 18 de junio de 2008, párr. 23; n° ICC-01/04-503 OA4 OA5 OA6, Sala de Apelaciones, 30 de junio de 2008, párrs. 88-98; n° ICC-01/04-450 OA4, Sala de Apelaciones, 13 de febrero de 2008, párr. 1; ICC-02/05-129 OA, Sala de Apelaciones, 29 de febrero de 2008, párr. 1; ICC-01/04-480 OA5, Sala de Apelaciones, 29 de febrero de 2008, párr. 1; n° ICC-01/04-01/06-1239 OA9 OA10, Sala de Apelaciones, 20 de marzo de 2008, párr. 1; ICC-01/04-01/10-509 OA4, Sala de Apelaciones, 2 de abril de 2012, párrs. 6-9.

⁷⁹⁴ Vid. ICC-02/04-01/05-324 OA2, Sala de Apelaciones, 27 de octubre de 2008, párr. 11-14. También ICC-01/04-01/10-509 OA4, Sala de Apelaciones, 2 de abril de 2012, párr. 9.

víctimas, a/0090/06, a/0098/06, a/0118/06 y / 0122/06, puede verse perjudicado si la resolución de la cuestión apelada resulta ser una revocación de la decisión de la Sala sobre la cuestión.

La Sala de Apelaciones considera que la participación de las cuatro víctimas es conveniente a la luz de las consecuencias que el resultado de la apelación puede tener sobre sus intereses personales. Las cuatro víctimas autorizadas a participar en los procedimientos de apelación podrán presentar sus opiniones y observaciones en relación con sus intereses personales sobre las cuestiones que deben ser resueltas. Esta manera de participación no es en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni incompatible con éstos. A partir de entonces, el abogado ad hoc para la Defensa y la Fiscalía tendrán la libertad de responder a las solicitudes de las víctimas”⁷⁹⁵.

Puede observarse que, de esta manera, se utiliza igualmente el marco legal propiciado por la regla 93 RPP, relativa a las observaciones de las víctimas, la cual dispone que:

“Una Sala podrá recabar observaciones de las víctimas o sus representantes legales que participen con arreglo a las reglas 89 a 91 sobre cualquier cuestión, incluidas aquellas a que se hace referencia en las reglas 107, 109, 125, 128, 136, 139 y 191. Podrá, además, recabar observaciones de otras víctimas cuando proceda”.

III. Sin embargo, este razonamiento jurídico no ha sido asumido por el magistrado SONG SANG-HYUN⁷⁹⁶, quien, en su voto disidente⁷⁹⁷ ha propugnado que, en aras de un juicio expedito, la participación de las víctimas en esta fase procesal ha de tener un enfoque distinto. Concretamente, para el magistrado coreano, al imponer la subregla 4 de la regla 156 RPP que: *“La apelación será tramitada en la forma más expedita posible”*, la solución por la que optó la mayoría de la SA conllevaría un retraso en la fase de apelación, opuesto al procedimiento expedito⁷⁹⁸. Su parecer pasa por encauzar

⁷⁹⁵ Vid. ICC-02/04-01/05-324 OA2, Sala de Apelaciones, 27 de octubre de 2008, párrs. 11-14.

⁷⁹⁶ Este magistrado ostentó el cargo de presidente de la CPI de marzo de 2009 hasta marzo de 2015.

⁷⁹⁷ Vid. ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, 18 de junio de 2008, párr. 3 y 4. También ICC-01/04-503 OA4 OA5 OA6, Sala de Apelaciones, 30 de junio de 2008, párr. 5.

⁷⁹⁸ Vid. ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, 18 de junio de 2008, párr. 5.

las solicitudes de participación a través de las normas 65.5 y 64.4 del RC, que establecen respectivamente lo siguiente:

“Los participantes podrán presentar una respuesta dentro de los diez días siguientes a la notificación del documento justificativo de la apelación. Las disposiciones del numeral 4 de la norma 64 se aplicarán mutatis mutandis”.

“Con sujeción a lo dispuesto en los numerales 5 y 6, los participantes pueden presentar una respuesta dentro de los 21 días siguientes a la notificación del documento justificativo de la apelación, según se dispone a continuación:

a) Se responderá separadamente a cada uno de los motivos de la apelación y se indicará si la impugnación se refiere a la totalidad o a una parte de los mismos, así como los fundamentos en los que se basa la respuesta; también se indicará si se impugna la reparación pretendida en forma total o parcial, junto con los motivos de dicha impugnación.

b) Se deberán incluir los argumentos de hecho y/o derecho”.

Encontramos también un respaldo a este encauzamiento de la participación procesal de la víctima en esta fase, en el voto disidente de la magistrada belga CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, quien a este propósito manifestó que:

“Concordamos con la mayoría de la Sala de Apelaciones en que se debe permitir que las 27 víctimas que solicitan participar en las presentes apelaciones formulen argumentaciones. Sin embargo, como se explicó primero en la opinión disidente del magistrado Song de 13 de febrero de 2007, opinamos que las víctimas tienen derecho a formular sus argumentaciones con arreglo al numeral 5 de la norma 65 del Reglamento de la Corte porque participaron en las actuaciones que dieron lugar a las presentes apelaciones. Por consiguiente, no es necesario que las víctimas soliciten participar, ni que la Sala de Apelaciones se pronuncie sobre las solicitudes”⁷⁹⁹.

Es decir, que se estaría proponiendo no sólo un cauce participatorio que, con asidero en la norma 65.5 RC agilice el proceso marcando unos plazos fijos, sino que también se está planteando que la víctima tenga un reconocimiento directo para participar en esta

⁷⁹⁹ ICC-01/04-01/06-2205 OA15 OA16, Sala de Apelaciones, 8 de diciembre de 2009.

fase siempre que hubiese una participación previa en el procedimiento que es, precisamente, el origen de la apelación. De esta manera, para SONG SANG-HYUN:

“Las sentencias de la Sala de Apelaciones se basan en la postura de que las víctimas tienen que presentar una solicitud a la Sala de Apelaciones, donde se exponga por qué desean participar, para poder participar en los procedimientos de apelación en virtud del apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto. No comparto esta opinión. En la opinión separada y parcialmente disidente a la Decisión, con carácter preliminar, sobre la Participación de las Víctimas en las apelaciones del Fiscal y la Defensa en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada “Decisión sobre la Participación de las Víctimas” de 16 de mayo de 2008, he explicado que en mi análisis, las víctimas que han participado en el procedimiento que dio lugar a apelaciones de conformidad con el apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto tienen derecho, con arreglo al numeral 5 de la norma 65 y el numeral 4 de la norma 64 del Reglamento de la Corte, a presentar una respuesta al documento justificativo de la apelación, ya que éstas son participantes de acuerdo al significado de estas disposiciones. En la presente causa, la situación es diferente, ya que no todos los que buscan participar en los procedimientos de apelación han sido reconocidos como víctimas por la Sala de Cuestiones Preliminares. Sin embargo, esto no tiene relevancia en cuanto al derecho a presentar una respuesta al documento justificativo de la apelación en el actual procedimiento. El derecho a presentar una respuesta se deduce del hecho de que sus solicitudes para participar con arreglo al párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto han dado lugar a las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares que ahora son objeto de las presentes apelaciones. Sin estas solicitudes, el procedimiento ante la Sala de Cuestiones Preliminares no habría tenido lugar. En tales circunstancias, y dado que es probable que la decisión de la Sala de Apelaciones sobre las impugnaciones actuales tenga un impacto directo sobre el eventual rechazo de sus solicitudes para participar por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares, las víctimas

deben ser consideradas como participantes en el sentido del numeral 5 de la norma 65 y del numeral 4 de la norma 64 del Reglamento de la Corte”⁸⁰⁰.

IV. Examinada la jurisprudencia de la CPI y las voces discordantes en materia de participación en lo atinente a las apelaciones interlocutorias, corresponde ahora examinar decisiones concretas en función de la distinción que se ha hecho al comienzo del epígrafe entre las apelaciones interlocutorias interpuestas de conformidad con el art. 82.1 a) y b), y las interpuestas al amparo del art. 82.1 d) ER.

Para que las víctimas puedan participar en una apelación con arreglo al art. 82.1 b) ER, se debe presentar una solicitud de autorización para participar en la apelación. La SA ha determinado que la facultad de las víctimas para participar no es automática, sino que depende de una decisión por parte de la SA que determine que la participación es conveniente. La solicitud para participar “debe contener una declaración de las víctimas acerca de si sus intereses personales se ven afectados y en qué forma, así como acerca de por qué es conveniente que la Sala de Apelaciones permita que se presenten sus opiniones y preocupaciones”⁸⁰¹.

Otra decisión destaca que:

“La Sala de Apelaciones explicó que hay cuatro criterios que deben tenerse en cuenta respecto a las solicitudes de las víctimas para participar en apelaciones presentadas en virtud del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto, a saber: i) si los individuos que buscan participar son víctimas de la causa; ii) si tienen intereses personales que se ven afectados por las cuestiones apeladas; iii) si su participación es conveniente y por último iv) que la forma de participación no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. En la presente causa, todos los criterios de participación se cumplen”⁸⁰².

⁸⁰⁰ Vid. ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, Opinión parcialmente disidente del magistrado Song, 18 de junio de 2008, párrs. 3 y 4.

⁸⁰¹ Vid. ICC-01/04-01/06-925 OA8, Sala de Apelaciones, 13 de junio de 2007, párr. 23.

⁸⁰² Vid. ICC-01/04-01/06-1452 OA12, Sala de Apelaciones, 6 de agosto de 2008, párr. 7-8.

V. En cuanto a las apelaciones interlocutorias interpuestas de conformidad con el art. 82.1 d) ER ya citado, estas necesitan también de los requisitos enunciados con ocasión de lo analizado con los apartados a) y b) del art. 82.1 ER, pues la SA ha indicado que en el caso de estas apelaciones interlocutorias que: “La decisión de la Sala de Apelaciones del 16 de mayo de 2008 declaró que la decisión de la Sala de Apelaciones del 13 de febrero de 2007, la cual establece que las víctimas deben presentar una solicitud pidiendo autorización para participar en apelaciones presentadas con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 82, se aplica de manera igual a apelaciones interlocutorias presentadas conforme al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82”⁸⁰³.

Esta solicitud es consecuencia también de la ausencia de reconocimiento automático para participar, pues “a los efectos de las apelaciones conforme a la regla 155 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala de Apelaciones no interpreta que la referencia a un “participante” o a la presentación de “una respuesta” dentro de la norma 65.5 del Reglamento de la Corte signifique que las víctimas tengan un derecho automático a participar en una apelación interlocutoria en virtud del artículo 82.1 d) del Estatuto”⁸⁰⁴.

Sobre el contenido de esa solicitud, la SA entiende que debe tener también el siguiente contenido:

“Las solicitudes de participación en una apelación presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 1 del artículo 82 del Estatuto de Roma deberán contener una declaración acerca de si los intereses personales de las víctimas se ven afectados por esta apelación, y en qué forma, indicando por qué es conveniente que la Sala de Apelaciones permita que se presenten sus opiniones y preocupaciones en esta etapa del procedimiento y por qué la presentación de tales opiniones y preocupaciones no redundaría en detrimento de los derechos de la Defensa ni sería incompatible con éstos”⁸⁰⁵.

En cuanto al contenido que la SA concede a los intereses personales y su relación con la participación, esta ha manifestado que:

⁸⁰³ Vid. ICC-01/04-01/06-1335 OA9 OA10, Sala de Apelaciones, 16 de mayo de 2008, párr. 13.

⁸⁰⁴ Vid. ICC-01/04-503 OA4 OA5 OA6, Sala de Apelaciones, 30 de junio de 2008, párr. 34.

⁸⁰⁵ Vid. ICC-01/04-480 OA5, Sala de Apelaciones, 29 de febrero de 2008, págs. 2-3.

“La Sala de Apelaciones observa que a las otras víctimas se les ha concedido el estatus de víctima en la causa y considera que estas víctimas satisfacen los requisitos de participación restantes. En cuanto a sus intereses personales, la Sala de Apelaciones observa que una decisión de sobreseer la causa afectaría la capacidad de las víctimas de presentar sus opiniones y observaciones, y en última instancia, podría privarles de la oportunidad de reclamar reparaciones si el acusado es condenado. La Sala de Apelaciones considera que el presente recurso es una fase del juicio conveniente para su participación. En cuanto a la manera de participación, la Sala de Apelaciones decide que las víctimas pueden participar en el presente recurso presentando observaciones por escrito limitadas a sus opiniones y preocupaciones con respecto a sus intereses personales relativos a las cuestiones planteadas en esta apelación. La Sala de Apelaciones considera, además, que la participación de las víctimas en el presente recurso, en la forma prescrita, no es incompatible con los derechos del acusado y con un juicio justo e imparcial. Además, el acusado y el Fiscal tendrán derecho a responder a las opiniones y observaciones de las víctimas de conformidad con el párrafo 2 de la regla 91 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Si la Sala de Apelaciones considera que una vista oral resulta necesaria, decidirá sobre la manera en que las víctimas podrán participar en la audiencia, en ese momento”⁸⁰⁶.

VI. La principal crítica que hemos de realizar en el ámbito de la impugnación de las apelaciones interlocutorias va dirigida a la falta de medios para impugnar la denegación de la condición de víctima, el reconocimiento a participar en el procedimiento, y, en general cualquiera que pueda afectar a sus intereses personales. Aunque como pone de relieve la doctrina, esta limitación no es sino consecuencia de su condición de solicitante o participante⁸⁰⁷, pero no de parte, la fórmula del art. 68.3 ER se antoja como sustituto insatisfactorio. En este sentido entendemos que habría sido más propio articular la posibilidad de que el representante legal de la víctima pudiese acudir a la SA al menos en dos supuestos: en el reconocimiento del estatuto de víctima y en el reconocimiento

⁸⁰⁶ Vid. ICC-01/04-01/06-2556 OA18, Sala de Apelaciones, 18 de agosto de 2010, párr. 9.

⁸⁰⁷ Vid. ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA: op. cit., pág. 180.

para participar en el procedimiento. El resto de supuestos podrían ventilarse a través del art. 68.3 ER.

2.4.3.- Las víctimas y el recurso de revisión

I. La posibilidad de revisar el fallo condenatorio está prevista en el art. 84 ER. La facultad de interponer este recurso está circunscrita, como ha sido analizado, al descubrimiento de pruebas nuevas no disponibles en la época del juicio por motivos no imputables –total o parcialmente- a la parte que formula la solicitud, o tuviesen una entidad suficiente para que, de haberse valorado en el juicio, hubiesen jugado un papel determinante en el veredicto. También puede imponerse por descubrirse la falsedad o adulteración de un elemento de prueba decisivo apreciado en el juicio, y del cual dependió la condena. Finalmente, cuando uno o más de los magistrados intervinientes en el fallo condenatorio o en la confirmación de cargos hubiesen incurrido en una falta grave, o incumplimiento grave de magnitud suficiente para justificar su separación del cargo.

II. En todos los supuestos anteriormente descritos las víctimas, al no ser el condenado, cónyuge, padres o hijos, tienen vedada la facultad de interponer el recurso de revisión. No obstante, la Norma 66.2 RC establece la siguiente posibilidad:

“En la medida de lo posible, las solicitudes de revisión deberán ser notificadas a los participantes en el procedimiento original y a cualquier otra persona que tenga interés directo en el procedimiento de revisión. Dichos participantes y personas podrán presentar una respuesta dentro de los 40 días siguientes a la notificación de la solicitud”.

Esta Norma, de contenido muy similar al de la regla 159.3 RPP, plantea, por tanto, la posibilidad de que las víctimas –sin estar legitimadas-, puedan emitir sus observaciones y participar en las audiencias, “para determinar si procede o no revisar el fallo condenatorio o la pena”, como reza la subregla 1 de la regla 161 RPP. Pensamos que estas opciones ofrecidas a las víctimas guardan cherencia con el estatuto diseñado para las víctimas, y sigue, en general, el previsto en los ordenamientos jurídicos de corte continental, donde tampoco se reconoce a las víctimas la legitimación. Así, en España, se reconoce legitimación directa de acuerdo con el art. 955 LECrim al condenado, o, si hubiese fallecido, a su cónyuge (o quien haya mantenido convivencia como tal), ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que

se castigue al verdadero culpable. En el caso del proceso sustanciado ante la jurisdicción militar, el art. 329 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, la legitimación activa se extiende también a los hermanos y no requiere el fallecimiento previo del condenado. El art. 961 LECrim también legitima al Fiscal General del Estado a interponer el recurso, lo mismo que el Fiscal Togado, legitimado por el art. 331 de la Ley Orgánica 2/1989.

2.5.- Valoración crítica

De cada una de las fases procesales que acabamos de examinar, en su relación con las víctimas, podemos hacer las siguientes valoraciones:

1) Existe un margen de mejora en la situación procesal⁸⁰⁸ de la víctima en el ámbito del examen preliminar.

Aunque un sector doctrinal entienda que la situación de la víctima, de acuerdo con los ejes marcados por el actual Derecho Procesal Penal Internacional, no tiene parangón, el hito alcanzado no es suficiente. Es cierto que no puede negarse el positivo avance producido, desde un papel inexistente o reducido a un ropaje jurídico no adecuado (como el de mero testigo), hasta el reconocimiento de un margen de actuación propia, pero aún queda mucho por conseguir.

No obstante, una tutela judicial efectiva acorde con el desarrollo que esta alcanza en los derechos internos, requiere que, si no se reconoce la legitimación activa a las víctimas, al menos se les dote de las herramientas jurídicas necesarias para que la SCP pueda revisar una decisión del Fiscal, que se desentienda o perjudique sus intereses. Concretamente, cabría plantear la introducción de una enmienda⁸⁰⁹ en la que se propusiese que las víctimas de situación puedan intervenir en el proceso de revisión del art. 53.3 a) ER, en igualdad de condiciones que el Consejo de Seguridad o un Estado Parte, cuando la desestimación de activación no se fundamente de manera exclusiva en razones de oportunidad. La prerrogativa de la Sala de solicitar observaciones, de acuerdo con la regla 103 RPP, no satisface esa necesidad. Ello implicaría también, la modificación de la subregla 4 de la regla 107 RPP, que habría de incluir a las víctimas, junto con el Consejo de Seguridad y los Estados Parte.

En línea con este razonamiento, también cabría plantearse –por coherencia-, la inclusión en la subregla 2 de la regla 109 RPP, la posibilidad de que las víctimas de situación puedan presentar observaciones en el caso de que la Fiscalía decida no abrir una investigación por razones de oportunidad. En este último caso, no se pretendería

⁸⁰⁸ Se vuelve a hacer uso del término proceso de manera asistemática, tal como es utilizado en el ER.

⁸⁰⁹ Las enmiendas son propuestas por los Estados Parte, que remiten –de acuerdo con el art. 121 ER- sus propuestas al Secretario General de NU, quien a su vez la distribuye al resto de Estados Parte. Una vez transcurrido el tiempo oportuno desde esa notificación, nunca menos de 3 meses, la Asamblea de los Estados Parte decide en su próxima reunión, por mayoría de los presentes y votantes, si examina la propuesta directamente o mediante una Conferencia de Revisión si la cuestión lo aconseja.

atribuir de manera velada la legitimación activa a la víctima (objetivo legítimo, por otra parte, si se dotase a la CPI de la oportuna estructura), sino de perfeccionar la activación del mecanismo de la CPI cuando las víctimas trasladan la *notitia criminis* a la Fiscalía, y esta estima oportuno no iniciar el mecanismo. La posibilidad de involucrar a la SCP en este ámbito, no buscaría de ningún modo atentar contra la independencia, objetividad o imparcialidad de la Fiscalía, sino de proteger el sistema con algo más que la presentación de ulteriores pruebas. Tampoco tiene sentido, dentro de la lógica establecida en el ER y desde una perspectiva no ceñida a las víctimas, que un Estado Parte interesado no pueda oponerse a la pretensión de activación por parte del Consejo de Seguridad, y sí reconocer en cambio, la posibilidad de intervención de las víctimas. Un reconocimiento en este aspecto a los Estados Parte, sería sin duda de utilidad.

Por otra parte, cabe preguntarse igualmente si los intereses de las víctimas están protegidos desde el punto de vista procesal en el caso de que la Fiscalía no presente una solicitud de activación a la SCP, sobre la base de una información proporcionada por las propias víctimas, de acuerdo con el art. 15.3 ER. Es decir, que como las víctimas no son parte procesal reconocida en el proceso de activación según la regla 50 RPP ya citada, si la Fiscalía no presenta su solicitud de activación, las víctimas no tendrán derecho a presentar sus observaciones según lo previsto en el art. 15.3 ER *in fine*. En este sentido, la mención en el art. 15 a la posibilidad de que las víctimas puedan presentar sus observaciones a la SCP en caso de que la Fiscalía decida no presentar su solicitud de activación, supondría todo un avance de protección procesal. Esta nueva atribución a la SCP no constituiría, insistimos, un ataque a la independencia de la Fiscalía, sino una medida que persigue coadyuvar al fin primordial de acabar con la impunidad en los delitos del art. 5 ER, según se resalta en el preámbulo de dicho tratado.

El siguiente paso razonable, manteniendo la lógica de los anteriores, sería habilitar a las víctimas para que pudiesen dirigirse a la SA para impugnar las decisiones de la SCP, modificando así lo previsto en el art. 82.1 ER, y la correlativa regla 154 RPP. Con esta proposición se podría argumentar que se estaría admitiendo de manera tácita la condición de parte de la víctima. No se trataría tanto de reconocer esta opción –objetivo deseable a largo plazo–, sino de reforzar la credibilidad de una institución que está dando todavía sus primeros pasos, y que la interacción entre víctima y tribunal debe ser fluida, no solo mediante el apoyo de entes como la Unidad de Víctimas y Testigos, la Oficina

Pública de Defensa de las Víctimas o la Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas, sino, sobre todo, mediante un cauce procesal adecuado para defender sus intereses.

2) Los fines holísticos que se vislumbran en la fase de investigación y enjuiciamiento sobrepasan a los medios procesales atribuidos a las víctimas para alcanzarlos.

Derecho de acceso al proceso, derecho a la verdad y defensa de los intereses personales representan la suma de unos fines tan loables como difíciles de alcanzar cuando se conjugan, en fase de instrucción, con intereses antagónicos como el necesario anonimato de víctimas y testigos, la seguridad nacional o las pesquisas de la acusación, sobre la base de un estatuto procesal tan abierto como comprometido, en el asidero del art. 68.3 ER.

Desde esa perspectiva, resulta que las limitaciones a las que hemos aludido trayendo a colación la postura de la SCP I en referencia a las víctimas que desvelan su identidad son más habituales de lo que pudiera pensarse. Precisamente por intentar proteger intereses tan contrarios en “situaciones” (en el sentido técnico al que se ha hecho referencia) que constituyen violaciones masivas de derechos. El que una víctima se acoja al anonimato para defender su integridad conlleva una limitación lógica de su estatuto procesal, si se quiere proteger también el derecho de defensa; pero es que la SCP I también ha restringido en numerosas ocasiones a las víctimas no anónimas, en el sentido de decidir que el acceso a la parte confidencial del expediente y la asistencia a las sesiones que se celebren a puerta cerrada quedaría restringida a los representantes legales, obligando a estos a no transmitir a las víctimas copias de los documentos ni de las transcripciones de las sesiones⁸¹⁰.

Queda así desfigurado, en parte, el derecho a la verdad. Sin embargo, todo esto tiene sentido si se analiza desde un punto de vista jerárquico, es decir, que se tiende a todos los fines citados, dando preeminencia en primer lugar a las medidas que favorezcan un juicio justo (igualdad entre acusación y defensa), y a los intereses de los Estados (nuevamente una visión estatalista del Derecho Internacional), protegiendo aspectos tales como la seguridad nacional.

⁸¹⁰ Vid. ICC-01/04-01/07-537, decisión de la SCP I de 30 de mayo de 2008, parte dispositiva. Situación que también recoge, entre otros, ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA, op. cit., pág. 161.

Por coherencia con el epígrafe precedente, también deberíamos plantear la posibilidad de que se supervisasen las decisiones que afectan a las víctimas de manera directa, toda vez que no tienen derecho a apelar, según lo dispuesto en el art. 82 ER. Si, por ejemplo, una víctima no anónima quisiese intervenir a través de su representante legal en el debate sobre los elementos de prueba en la audiencia de confirmación de cargos, y la SCP desestimase su solicitud, se encuentra de alguna forma desamparada ante una decisión importante, sin que exista control alguno por parte de una instancia superior.

3) El estatuto jurídico de la víctima en el juicio oral es versátil.

La distinción que realiza la CPI entre víctimas anónimas y no anónimas, y las posibilidades procesales que ofrece a estas en función del encuadre reseñado, parece una característica acertada para la consecución de un juicio justo e imparcial. Aunque es cierto que esta participación está sujeta al acceso a la información (nexo para poder demostrar el daño causado y el impacto en los intereses personales), el marco general es que quien tenga reconocida la condición de víctima puede acceder a los documentos públicos que constan en el expediente, no así a los considerados *ex parte* ni, en principio, a los confidenciales. Se garantizan otros mínimos, pues a quien tiene reconocida esta condición, se le faculta para revisar el resumen de los elementos de prueba de la acusación, así como la necesidad de que la Fiscalía comunique a los representantes legales de las víctimas los documentos solicitados por escrito, que vayan a ser examinados en el juicio y sean relevantes para sus intereses personales⁸¹¹. También se notifica en tiempo y forma la celebración de las audiencias públicas, y en su caso, las que se celebren a puerta cerrada⁸¹² para que puedan participar, lo que implica la eventual presentación de alegatos iniciales y finales o la posibilidad de presentar opiniones y observaciones a través de los representantes legales⁸¹³.

Otras actuaciones procesales como el acceso a documentación confidencial, o relacionadas con las pruebas, presentación de opiniones y observaciones en persona, etc. es algo que está sujeto a una autorización *ad hoc* por parte de la SPI, que tendrá en

⁸¹¹ Vid. ICC-01/04-01/06, decisión de SPI I de 18 de enero de 2008, párr. 106, 107, 110 y 111.

⁸¹² *Ibidem*. Además, cfr. ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA, op. cit., pág. 166.

⁸¹³ Vid. ICC-01/04-01/07-1665, decisión de SPI I de 20 de noviembre de 2009, párr. 9.

cuenta las circunstancias concretas⁸¹⁴ de la víctima, los derechos del acusado y las características de un juicio justo e imparcial.

Más allá de esta adaptación positiva en función de las circunstancias de la víctima y la valoración *ad casum* de su actuación procesal, podemos detenernos en la positiva labor de la jurisprudencia en la esfera de la práctica de prueba. Si bien los arts. 64.6 d), 66.2 y 69.3 ER establecen que son las partes quienes tienen derecho a presentar las pruebas, han sido las SPI quienes han manifestado que la víctima no es ajena a la presentación de las mismas. Esta posibilidad ha sido confirmada por la SA⁸¹⁵. Negar esta posibilidad hubiese sido un dislate jurídico que hubiese socavado la confianza en la CPI. La SA entiende que el art. 69.3 ER faculta a la CPI a solicitar las pruebas necesarias para conocer la verdad, por lo que la SPI puede autorizar a las víctimas a que presenten pruebas, posibilidad que según dicha Sala permite que la participación de las víctimas sea significativa y se haga efectivo el espíritu y la intención del art. 68.3 ER⁸¹⁶.

Trascendiendo el ámbito de la víctima, pero igualmente dentro de la práctica de prueba, han surgido interrogantes acerca del correcto desarrollo de un juicio justo. Un sector doctrinal se ha preguntado si la posibilidad de que una prueba sea admitida requiere un nivel de exigencia diferente al que se necesita para contrarrestar una declaración de rumor no contrastado⁸¹⁷. En opinión de ELMAR WIDDER hay diferencias entre la posibilidad de aportar una prueba y la manera de evaluar la prueba. Más bien habría que apuntar que la flexibilidad del sistema descansa sobre el examen individual de los intereses afectados por parte de quien aporta la prueba, y en ese sentido, sí se estima que es un proceso justo.

4) La fase de apelación implica un nuevo esfuerzo por parte de la víctima.

El hecho de que la víctima deba presentar una nueva solicitud para defender sus intereses en una apelación interlocutoria supone un esfuerzo añadido sobre el que cabe reflexionar. Como ha destacado ALICE RICCARDI, el ámbito en el que desarrolla su labor la CPI está caracterizado por un *quid pluris*, híbrido en su vertiente horizontal y

⁸¹⁴ Vid. ICC-01/09-01/11-460, decisión SPI de 3 de octubre de 2012, párr. 68.

⁸¹⁵ Vid. ICC-01/04-01/07-2288 OA11, sentencia de la SA de 16 de julio de 2010, párrs. 37 y 40.

⁸¹⁶ Vid. ICC-01/04—01/06-1432 OA9 OA10, sentencia de la SA de 11 de julio de 2008, párr. 99

⁸¹⁷ Vid. WIDDER, ELMAR: “A Fair Trial at the International Criminal Court? Human Rights Standard and Legitimacy, Procedural Fairness in the Context of Disclosure of Evidence and the Right to Have Witnesses Examined, Internationaler Verlag des Wissenschaften, 2016, pág. 182 y siguientes.

vertical, influido por consideraciones políticas y creado para responder a un orden macro criminal⁸¹⁸.

Estas cualidades configuran la CPI como un tribunal alejado de la práctica y filosofía de las jurisdicciones nacionales, toda vez que no deja de juzgarse un crimen “extraordinario” y el número de ofendidos suele ser bastante alto. En este sentido, el hecho de que la jurisprudencia haya dictaminado que es necesaria una nueva solicitud – demostrando el interés y afección particular- y la correspondiente autorización, puede responder, entre otros motivos, a cuestiones de economía procesal. Esta idea, creemos, no se contrapone a las defendidas anteriormente, es decir, el otorgamiento de un estatus más completo para la víctima; pues en el presente caso se trata de examinar individualmente el acceso a una fase procesal prevista, a diferencia de lo reseñado con ocasión del margen de mejora del estatuto procesal de la víctima en el examen preliminar y fase de investigación y enjuiciamiento donde las actuaciones que exponíamos no estaban previstas.

Los argumentos esgrimidos por el juez SANG-HYUN SONG, que entiende que no trae cuenta la nueva solicitud y autorización por tratarse de víctimas que ya han participado en el procedimiento que da lugar a la apelación, indicando que “participantes”, de acuerdo con lo estipulado en la norma 64 RC, son también las víctimas, y que se trataría en definitiva de una extensión de la decisión tomada por la SCP, es loable pero puede hacer el procedimiento más tedioso. Sin embargo, representa una opción factible que redundaría en interés de la justicia.

El hecho de que la víctima haya intervenido con anterioridad en el procedimiento, no quiere decir que tenga un interés directo en la participación. A esas alturas del procedimiento, la víctima cuenta con un representante legal para el que le será sencillo demostrar ese interés del representado. Se trata, en definitiva, de establecer un cauce lo más amplio posible para la participación de la víctima y la defensa de sus intereses, para ir después restringiendo el acceso a quien realmente le concierne.

En relación a cuanto ha sido expuesto, se estima interesante ampliar la intencionalidad del art. 82.4 ER y la regla 150 RPP reflejando la posibilidad (bien en ese mismo apartado, bien en el 82.4 ER) de que en caso de que la resolución judicial fuese

⁸¹⁸ Vid. RICCARDI, ALICE: “Sentencing at the International Criminal Court. From Nuremberg to the Hague”, ed. Eleven International Publishing, 2016, pág. 210.

contraria a los intereses de las víctimas, éstas puedan solicitar a la Fiscalía la interposición del recurso de alzada, debiendo la Fiscalía, bien interponer un recurso de alzada, bien comunicando a las víctimas de manera razonada las causas de no interposición, que en todo caso deberían ceñirse a estrictos motivos de interés de la justicia, en consonancia con los criterios que se han ido conformando de acuerdo con el art. 53 ER. De esta manera, se guardaría una natural consonancia con los ya legitimados de manera activa para iniciar el proceso –que mantendrían su estatus para impugnar las resoluciones judiciales-, con el refuerzo de la posición de la víctima que además de poder impugnar lo que a reparaciones atañe, sería escuchada en aras de la interposición de un recurso por la Fiscalía.

3. Justicia reparativa en relación con la víctima

3.1.- Desarrollo conceptual

I. El actual sistema de compensación por parte del Estado infractor para las víctimas de guerra, surge en 1991 como consecuencia de la Guerra del Golfo. Hasta ese momento, únicamente puede hablarse de reparaciones de guerra, esto es, pagos monetarios impuestos por el vencedor al vencido para paliar los daños y perjuicios ocasionados durante el conflicto. En este marco, en el mejor de los casos, las víctimas podían recibir algún tipo de compensación con ocasión de la administración por parte de su gobierno, del dinero de las reparaciones de guerra⁸¹⁹. Este sistema era altamente ineficaz, no solo porque no satisfacía a la víctima del Estado vencedor, sino que además era injusto, pues recaía sobre los ciudadanos del Estado vencido la carga del pago, entre los que, por supuesto, también había víctimas.

Puede destacarse como punto de inflexión en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, el 29 de noviembre de 1985, fecha en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas de adoptó la Declaración de los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas del delito y a las víctimas de los abusos de poder⁸²⁰. Lo fundamental de la Declaración, es que recoge el conjunto de los derechos de las víctimas del delito, que son derechos totalmente desconectados del Estado de la nacionalidad de las víctimas: acceso a la justicia y trato justo (puntos 4 a 7), resarcimiento (puntos 8 a 11), indemnización (puntos 12 a 13) y asistencia social (puntos 14 a 17)⁸²¹.

II. En cualquier caso, dicho punto de inflexión ha de ser analizado dentro del sistema ideado en 1991 con ocasión de la Guerra del Golfo, y la posterior resolución 60/147 de la Asamblea General de NU de 16 de diciembre de 2005, mediante la que se reconoce a

⁸¹⁹ Como reparaciones significativas a lo largo de la historia, cabe recordar las ingentes sumas que impuso Roma a Cartago después de la primera y segunda guerra púnica; las reparaciones de guerra impuestas a Francia por Alemania mediante el Tratado de Fráncfort de 1871; las reparaciones de guerra impuestas a Alemania por la Triple Entente mediante el Tratado de Versalles; o la impuesta igualmente a Alemania por los Aliados en la Conferencia de Postdam de 1945).

⁸²⁰ Consultado en https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es_part_03_02.pdf en fecha 10 de septiembre de 2017.

⁸²¹ Vid. BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE: “Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional, Cuadernos de Política Criminal, ISSN 0210-4059, nº 91, págs. 101 a 124.

las víctimas el derecho a la reparación mediante la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, algo que también se conoce como principios de van Boven⁸²².

Dentro de los principios van Boven, que supusieron sin duda un avance, se delimitan los siguientes conceptos:

- La restitución, que se refiere a la medida en que se puede devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario. Comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso al lugar de residencia, la reintegración en el empleo y la devolución de bienes (principio 19).
- La indemnización, que ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicos evaluables (principio 20). El daño que dé lugar al pago de una indemnización puede ser físico o mental, la pérdida de oportunidades, perjuicios morales, coste de medicamentos y servicios médicos, etcétera.
- La rehabilitación, que incluye la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales (principio 21).
- La satisfacción, que incluye una gran variedad de medidas, desde aquellas dirigidas a cese de violaciones hasta la revelación de la verdad, la búsqueda de personas desaparecidas, la recuperación de cadáveres y su nueva inhumación, disculpas públicas, sanciones judiciales o administrativas, conmemoraciones y enseñanza de las normas de derechos humanos (principio 22).
- Las garantías de no repetición, que incluyen normas estructurales de naturaleza normativa, como reformas institucionales orientadas a asegurar el control civil de las fuerzas militares y de seguridad, el fortalecimiento de la independencia judicial, la

⁸²² Estos principios reciben esa denominación por ser el profesor de Derecho Internacional Theo van Boven, el jurista al que se le encargó el desarrollo de la misma. Consultada en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_s.pdf

protección de las defensas de los derechos humanos, la promoción de la observancia de los derechos humanos en las administraciones públicas, las fuerzas de seguridad, los medios de información,, y los servicios psicológicos y sociales (principio 23).

Este sistema ideado en 1991, estaba respaldado por una comisión creada por el Consejo de Seguridad, cuyo fin era examinar las demandas que tuviesen origen en la ocupación de Kuwait. No obstante, este sistema era insuficiente, pues como ha destacado LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, el derecho individual de la víctima no se tomó en cuenta, porque la comisión solo examinaba los informes introducidos por los Estados. En buena medida sucedió lo mismo con el TPIY y el TPIR porque, a efectos reparativos, las víctimas fueron ignoradas; en este sentido se crearon reglas de prueba y procedimiento basadas en el modelo anglosajón, que prevén únicamente medidas de protección de las víctimas como testigos⁸²³. De acuerdo con el art. 24.3 del estatuto del TPIY y del art. 23.3 del estatuto del TPIR, los tribunales pueden, además de imponer privaciones de libertad, (...) ordenar la restitución a sus propietarios legítimos de todos los bienes y recursos que les hayan sido arrebatados por medios ilícitos, incluyendo la coerción.

Retomando los principios van Boven, estos han sido sin lugar a dudas la antesala del sistema establecido por el ER. El art. 75 ER, regula la posibilidad de reparar a las víctimas de la siguiente manera:

“1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

⁸²³ Vid. BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, op. cit., pág. 114.

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93.

5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

III. A su vez, la regla 97 RPP prevé la posibilidad de que la reparación tenga un carácter individual, general o mixto, con intervención de peritos si fuese necesario:

“1. La Corte, teniendo en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión, podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas.

2. La Corte podrá, previa solicitud de las víctimas, de su representante legal o del condenado, o de oficio, designar los peritos que corresponda para que le presten asistencia a fin de determinar el alcance o la magnitud de los daños, perjuicios o lesiones causados a las víctimas o respecto de ellas y sugerir diversas opciones en cuanto a los tipos y las modalidades de reparación que procedan. La Corte invitará, según corresponda, a las víctimas o sus representantes legales, al condenado y a las personas o los Estados interesados a que formulen observaciones acerca de los informes de los peritos.

3. La Corte respetará en todos los casos los derechos de las víctimas y del condenado”.

Así pues, estamos asistiendo al fenómeno de consolidación de la víctima como razón de ser del proceso, algo que en opinión de la doctrina ha sido auspiciado por dos motivos⁸²⁴. El primero, por la expansión del Derecho Penal Internacional, que se caracteriza por la introducción de nuevos tipos penales –y su asentamiento a nivel global– así como otras cuestiones ligadas a nuevas formas de reparación, como puede ser el recuerdo de las víctimas. El segundo, por el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al configurar la responsabilidad internacional de los Estados.

Las modalidades de participación no son uniformes en los sistemas de protección⁸²⁵, pero configuran el primer paso para reconocer a los individuos como sujetos en el plano internacional, y para buscar reparar a las víctimas en casos de graves violaciones de derechos humanos⁸²⁶.

Ha sido señalado *ut supra*, que el éxito del proceso penal de carácter internacional, y, concretamente de la CPI, depende en gran medida del sistema de reparación a las víctimas. Es, pues, clave en el desarrollo de la justicia penal internacional por el valor que representa tanto para las víctimas como para la sociedad⁸²⁷. La SCP I, en este sentido, ha sido categórica al afirmar que: “el triunfo de esta Corte está, en cierta medida, vinculado al éxito de su sistema de reparaciones”⁸²⁸.

⁸²⁴ Vid. JARA BUSTOS, FRANCISCO: “Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 9, 2013, págs. 113-125.

⁸²⁵ Vid. VEGA GONZÁLEZ, PAULINA: “El papel de las víctimas en procedimientos internacionales”, en “Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional, Volumen I, ed. Tirant lo Blanch, 2012, pág. 195.

⁸²⁶ Vid. NASH ROJAS, CLAUDIO: “Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos (1988-2007), 2ª ed., 2009, Centro de Derecho Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

⁸²⁷ Vid. JARA BUSTOS, FRANCISCO, op. cit. pág. 115.

⁸²⁸ Vid. Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant for Arrest, Article 58: ICC-01/04-01/06, Sala de Cuestiones Preliminares I, 10 de febrero de 2006, párr. 136.

3.2.- Desarrollo jurisprudencial

I. Puesto que el ámbito de la justicia reparativa es bastante amplio, se procurará centrar su análisis desde la perspectiva procesal, tomando como punto de referencia la resolución que establece los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones, de 7 de agosto de 2012, de la SPI I, en el marco del proceso contra Thomas Lubanga Dyilo, mediante la que se establecen los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones. Como característica general de esta resolución judicial puede destacarse que establece un sistema de reparaciones amplio, flexible, integral y –hasta lo conocido hoy en día- efectivo. Está configurado por 8 fases, en donde la reparación se configura como un derecho fundamental, razón por la cual se garantiza la participación de la víctima. Además, esta resolución es especial, erigiéndose en un hito importante no solo por su carácter primigenio, sino también por su elevado número de víctimas y la complejidad de los crímenes cometidos por Thomas Lubanga Dyilo. Comenzaremos destacando los siguientes párrafos:

“Todas las víctimas deben ser tratadas de forma justa y por igual en lo concerniente a las reparaciones, independientemente de si participaron o no en las actuaciones del juicio. A pesar de las observaciones de la Defensa y de los Representantes legales de las víctimas, sería inapropiado limitar las reparaciones al relativamente pequeño grupo de víctimas que participaron en el juicio y a aquellas que solicitaron reparación.

Las víctimas de los presentes crímenes, como se estipula en la regla 85 de las Reglas, deben tener igual acceso a cualquier información relativa a su derecho a obtener reparación y asistencia de la Corte, como parte de su derecho a un trato justo e igual a lo largo del procedimiento. (...).

En las actuaciones de reparación, las víctimas pueden utilizar documentos de identificación oficiales o no oficiales, así como cualquier otro medio para demostrar sus identidades que sea reconocido por la Sala. En ausencia de documentación aceptable, la Corte puede admitir una declaración firmada por dos testigos creíbles que acredite la identidad del solicitante y describa la relación entre la víctima y cualquier persona que actúe en su nombre. Cuando el solicitante es una organización o institución, la Sala reconocerá cualquier

documento creíble por el que se constituyó el organismo para demostrar su identidad. (...).

Los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones deberían estar guiados por una estrategia que incluya la perspectiva de género, garantizando así que sean accesibles a todas las víctimas en su implementación. Por consiguiente, la paridad de género en todos los aspectos de las reparaciones es un objetivo importante de la Corte. Las víctimas de los crímenes, junto con sus familias y comunidades, deberían poder participar durante el proceso de reparación y deberían recibir la ayuda adecuada para hacer que su participación sea sustantiva y efectiva.

Las reparaciones son completamente voluntarias y el consentimiento informado del destinatario es necesario antes de cualquier indemnización otorgada a título de reparación, incluida la participación en cualquier programa de reparaciones.

Las actividades de proyección exterior, que incluyen, en primer lugar, programas inclusivos de género y etnia, y en segundo lugar, la comunicación entre la Corte y las personas afectadas y sus comunidades, son esenciales para garantizar que las reparaciones tengan una importancia amplia y real. La Corte debería consultar a las víctimas sobre cuestiones relacionadas, entre otros asuntos, con la identidad de los beneficiarios, sus prioridades y los obstáculos a los que se han enfrentado al intentar obtener reparación. (...). Las actuaciones de reparación deben ser transparentes y se deberían adoptar medidas para garantizar que todas las víctimas dentro de la jurisdicción de la Corte han sido informadas detallada y oportunamente sobre dichas actuaciones, así como del acceso a toda indemnización. (...).

Como ya se indicó, la fase de reparaciones es una parte integral de las actuaciones del juicio, pero a diferencia de la fase del artículo 74 o la fase de la sentencia donde el principal foco de atención recae en la Defensa y la Fiscalía, la Corte centra ahora su atención principalmente en las víctimas, aunque la Fiscalía y la Defensa son también partes en las actuaciones de reparación. La Secretaría decidirá, de acuerdo con sus facultades en virtud del párrafo 1 del artículo 43 del Estatuto, la manera más conveniente para que las víctimas que participan actualmente en las actuaciones, junto con el grupo de víctimas más amplio que

puedan finalmente beneficiarse de un plan de reparaciones, sean representadas a fin de expresar sus opiniones y observaciones. (...).

A la luz de lo anterior, la Sala considera que los formularios de solicitud individual de reparación recibidos hasta el momento por la Secretaría deberían transmitirse al Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas. Si el Fondo lo considera apropiado, las víctimas que han solicitado reparaciones podrían ser incluidas en cualquier programa de reparación que vaya a ser aplicado por el Fondo”⁸²⁹.

II. Además de lo reseñado, pueden destacarse que en ella se establecen los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones, pero sin entrar a resolver sobre peticiones individuales que hicieron algunas víctimas⁸³⁰. Se establece asimismo una estrecha relación entre la Sala y Fondo Fiduciario para las Víctimas⁸³¹, órgano este último designado por la Sala para asignar las reparaciones colectivas⁸³². El proceder de la Sala se adscribe a la llamada corriente de renacimiento⁸³³ o retorno de la víctima⁸³⁴, porque declaró que el ER y las RPP establecen un sistema en sintonía con el Derecho Penal Internacional, en cuanto a la búsqueda de superación del concepto de justicia retributiva, por otras decisiones más inclusivas que proporcionarían reparaciones eficaces a la víctima⁸³⁵.

Una de las manifestaciones por las cuales la CPI se ha adscrito a esta corriente, es que la sentencia, además de buscar la reparación del daño causado a las víctimas y garantizar que los perpetradores responderán de sus actos, añade las siguientes: aliviar el sufrimiento causado por los crímenes de las víctimas individuales y a las comunidades, costear la justicia a las víctimas mediante la disminución de las consecuencias de los crímenes, prevenir futuras violaciones, contribuir a la reintegración de los ex niños

⁸²⁹ Vid. ICC-01/04-01/06-2904, Sala de Primera Instancia I, 7 de agosto de 2012, párrs. 187-188, 198-199, 202-206, 259, 267-268 y 284.

⁸³⁰ Sin aplicar, por tanto, las reglas 94 y 95 RPP.

⁸³¹ Más adelante se dedica un epígrafe a analizar el origen y desarrollo del FFV.

⁸³² Vid. párr. 289 de la decisión.

⁸³³ Vid. ESER, ALBIN: “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, Buenos Aires, ed. Ad hoc, 1992, págs. 15 a 52.

⁸³⁴ Vid. JARA BUSTOS, FRANCISCO, op. cit. págs. 114 y 115.

⁸³⁵ Esa es la opinión –en cuanto a la eficacia–, de MARTÍNEZ VENTURA, JAIME EDWIN: “Análisis del caso Lubanga. El procedimiento de reparaciones”, capítulo de “Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional”, op. cit., pág. 347.

soldados, y ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas⁸³⁶.

III. Como etapas del procedimiento de reparaciones, de acuerdo con la sentencia, encontramos en primer lugar la determinación de la entidad competente para ejecutar y supervisar el procedimiento de reparaciones. Esto es así porque el artículo 75 ER transcrito, simplemente atribuye a la CPI la facultad de ordenar reparaciones, pero es una cuestión que debe materializarse y seguirse en alguna entidad de la CPI. La resolución judicial involucra a tres entes de la CPI⁸³⁷: la SPI, de la que emana la resolución de reparaciones; el Fondo Fiduciario para las Víctimas, que supervisa el procedimiento de reparaciones; y una tercera Sala de la CPI encargada a su vez de controlar el trabajo del Fondo Fiduciario para las Víctimas, cuya labor se materializa en que el procedimiento sea justo y expedito para acusados, víctimas y testigos, de acuerdo con lo previsto en el art. 64.2 y 64.3 a) ER⁸³⁸.

En segundo lugar, tiene lugar el nombramiento de un equipo multidisciplinar de expertos, atribución de la Sala que ha quedado delegada en el Fondo Fiduciario para las Víctimas. Es un equipo con capacidad y disponibilidad para elaborar y ejecutar el plan de reparaciones⁸³⁹. Entre sus cometidos principales están los siguientes:

- a) Evaluar los daños sufridos por las víctimas.
- b) Determinar el efecto que los crímenes han tenido en las familias y en las comunidades de las familias.
- c) Identificar opciones viables de reparaciones, consultando a las víctimas y sus comunidades.
- d) Concretar los individuos, organizaciones, grupos o comunidades a los que deban otorgarse las reparaciones.
- e) Buscar el acceso a fuentes de fondos que permitan efectuar las reparaciones.

⁸³⁶ Vid. párr. 179 de la decisión.

⁸³⁷ Vid. párr. 261 de la decisión.

⁸³⁸ Vid. párr. 260 de la decisión.

⁸³⁹ Vid. párr. 263 de la decisión.

En síntesis, este equipo multidisciplinar da forma al contenido de los párrafos 1, 2 y 3 del art. 75 ER. Para JAIME EDWIN MARTÍNEZ VENTURA, es un acierto que la CPI delegue en el Fondo Fiduciario para las Víctimas la facultad de nombrar al equipo multidisciplinar, puesto que “las tareas relativas a la evaluación de los daños a la víctimas, los efectos en sus comunidades y familiares, la individualización de los beneficiarios de las reparaciones, la identificación de las fuentes de financiación y otros aspectos cruciales del proceso de desagravio, requieren saberes especializados y multidisciplinarios que los funcionarios de la Corte por sí mismos no pueden ejercer”⁸⁴⁰.

En tercer lugar, la Secretaría debe determinar la participación de las víctimas. En la resolución judicial objeto de análisis⁸⁴¹, apoyándose en el art. 43.1 ER, destaca que tomará en cuenta las opiniones del grupo más amplio de víctimas que pueda acogerse al plan de reparaciones. Esta decisión, por entender un sector doctrinal que abre puertas innecesarias en el procedimiento, convirtiéndolo en un sistema excesivamente complejo, guarda sin embargo coherencia con el concepto amplio de víctima, y con el carácter amplio que la regla 85 RPP procura, y que es fundamento del principio de accesibilidad que se desprende del caso Thomas Lubanga Dyilo.

En cuarto lugar, encontramos la elaboración del plan de reparaciones colectivas. Este plan está compuesto por cinco apartados, a saber, la determinación de las localidades beneficiarias, la consulta a las víctimas en las localidades beneficiarias, el análisis y cuantificación del daño por parte del equipo multidisciplinar de expertos, los debates públicos en las localidades designadas para explicar los principios y procedimientos de reparación, y, finalmente, la recolección de propuestas de reparaciones colectivas.

La determinación de las localidades beneficiarias, implica que el Fondo Fiduciario para las Víctimas, la Secretaría, el equipo multidisciplinar de expertos y la Fiscalía, han de trabajar conjuntamente para designarlas. Esta determinación, tiene como base los lugares que aparecen recogidos en la resolución judicial, y no tiene por qué ceñirse a ella, pues se puede ampliar⁸⁴². Posteriormente, de acuerdo con los principios de accesibilidad y consulta con las víctimas, el equipo multidisciplinar realiza las consultas pertinentes a las víctimas de las localidades preestablecidas⁸⁴³, realizando una primera

⁸⁴⁰ Vid. MARTÍNEZ VENTURA, JAIME EDWIN, op. cit. pág. 352.

⁸⁴¹ Vid. párr. 268 de la decisión.

⁸⁴² Así ha sucedido en el caso de la República Democrática del Congo. Vid. párr. 282 de la decisión.

⁸⁴³ *Ibidem*.

aproximación al tipo de reparación colectiva necesario, así como de los individuos que pueden ser considerados víctimas directas o indirectas. En esta fase, donde un amplio sector doctrinal –por la amplitud del concepto de víctima–, entiende que el proceso de justicia reparativa se dilata en exceso⁸⁴⁴. El Fondo Fiduciario para las Víctimas llegó a manifestar que: “Se estima que miles de personas han sido víctimas en la provincia de Ituri, y se requiere mucho tiempo para que la Corte trate de evaluar las posición de cada uno de ellos”⁸⁴⁵. Después procede la cuantificación económica del daño por el equipo multidisciplinar de expertos, sobre las consultas realizadas⁸⁴⁶. En este aspecto cobra relevancia –por mencionarlo la Sala–, la declaración de la ONU sobre justicia para las víctimas, los principios van Boven, la jurisprudencia del TEDH.

La SPI I define la compensación como el alivio económico que tiene como objetivo abordar de manera proporcionada y adecuada los daños causados, entre los que se encuentran: el daño físico; el daño moral y no material, que se expresa en el sufrimiento físico, mental y emocional; daños materiales, que comprenden la pérdida de ingresos y la oportunidad de trabajar, pérdidas de propiedades o daños a ellas, salarios no devengados, pérdida de ahorros y otras interferencias con la capacidad de trabajar; pérdida de oportunidades, incluidas las relativas al trabajo, la educación y las prestaciones sociales, el deterioro de la condición social y de los derechos laborales de los individuos; la cuantía debida a expertos legales, servicios médicos, asistencia psicológica y social, y otros profesionales competentes⁸⁴⁷. También se establecen las causas que deben concurrir para que proceda la compensación o indemnización⁸⁴⁸:

- a) Que el daño económico sea suficientemente cuantificable.
- b) Que dicha compensación sea proporcional y apropiada al daño, para lo cual, se tendrá en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias del caso.
- c) Que existan fondos disponibles que lo hagan posible⁸⁴⁹.

Después tienen lugar los debates públicos en las localidades afectadas, para explicar los principios y procedimientos de reparación, haciendo así frente a las expectativas de

⁸⁴⁴ Vid. MARTÍNEZ VENTURA, JAIME EDWIN, op. cit. pág. 355.

⁸⁴⁵ Vid. párr. 44 de la decisión.

⁸⁴⁶ Vid. párr. 282 de la decisión.

⁸⁴⁷ Vid. párr. 230 de la decisión.

⁸⁴⁸ Deben concurrir todas.

⁸⁴⁹ Vid. párr. 226 de la decisión.

la víctima, cuestión por otra parte íntimamente ligada al principio de accesibilidad y consulta con las víctimas⁸⁵⁰. Como ha puesto de relieve la doctrina, estos debates públicos para preparar planes de reparación, son un avance muy significativo en el desarrollo tanto doctrinario como jurisprudencial del derecho de participación de las víctimas. Sin embargo, dada la existencia de miles de víctimas, puede devenir en una fase demasiado prolongada en el tiempo por la naturaleza y complejidad de las situaciones⁸⁵¹.

La quinta fase de esta cuarta etapa es la recolección de propuestas de reparaciones colectivas que se desarrollan en cada localidad, y que servirán para que el equipo multidisciplinar de expertos elabore un Plan de Reparaciones Colectivas, con participación de la Secretaría, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, bajo la supervisión del Fondo Fiduciario para las Víctimas⁸⁵².

Las reparaciones de las víctimas incluyen las 5 modalidades ya indicadas⁸⁵³. Sin embargo, esa lista no constituye un elenco cerrado, pues a esas podrían sumarse otras. Ahora bien, el Fondo Fiduciario para las Víctimas ha propuesto que las reparaciones respaldadas por sus fondos, han de tener naturaleza colectiva, en virtud de la regla 56 del Reglamento del Fondo Fiduciario⁸⁵⁴. Esto no quiere decir que se descarten por completo las reparaciones individuales, llegado el caso⁸⁵⁵.

El último paso, es la denominada “Implementación del Plan de Reparaciones y papel del Poder Judicial”⁸⁵⁶, cuyos primeros hitos serán su revisión y aprobación. Si este plan de reparaciones presentado por el Fondo Fiduciario para las Víctimas es ratificado por la Sala, pasa a ser ejecutado. Si por el contrario, la Sala realizase observaciones, no ha quedado fijado el procedimiento a seguir. Es decir, no queda claro si para cumplir con las garantías del proceso ha de darse trámite de audiencia a las partes de acuerdo con lo previsto en los apartados 2 y 3 a) del art. 64 ER, o si, por el contrario, se manifiestan directamente al Fondo Fiduciario para las Víctimas para que realice los respectivos cambios.

⁸⁵⁰ Vid. párr. 282 de la decisión.

⁸⁵¹ Vid. MARTÍNEZ VENTURA, JAIME EDWIN, op. cit. pág. 359.

⁸⁵² Vid. párr. 282 de la decisión.

⁸⁵³ Restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición.

⁸⁵⁴ Consultado en https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/0CE5967F-EADC-44C9-8CCA-7A7E9AC89C30/140126/ICCASP432Res3_English.pdf, en fecha 10 de septiembre de 2017.

⁸⁵⁵ Vid. párr. 44 de la decisión.

⁸⁵⁶ Vid. párr. 281 de la decisión.

IV. Ahora bien ¿cuáles son las fuentes de financiación del Fondo Fiduciario para las Víctimas? En la sentencia objeto de análisis, Thomas Lubanga Dyilo fue declarado “indigente” y sin activos o bienes que pudieran ser utilizados para reparar el daño causado a las víctimas. Los párrafos 269 a 273 de la decisión, el art. 75.2 ER y la regla 98 RPP, establecen que las reparaciones colectivas se nutrirán exclusivamente con los recursos del Fondo Fiduciario para las Víctimas. Estos recursos del Fondo Fiduciario para las Víctimas provienen de las contribuciones voluntarias de los Estados miembros, las organizaciones internacionales, individuos, empresas y entidades de diverso tipo, bienes objeto de multa o decomisos transferidos por orden de la CPI, y recursos recaudados mediante órdenes de reparación hechas por la CPI contra la persona condenada.

Finalmente, una vez que se han concretado quiénes son las víctimas, sus comunidades y las modalidades de reparación, tiene lugar la ejecución del plan por parte del Fondo Fiduciario para las Víctimas, de acuerdo con las reglas 47, 48 y 50 de su reglamento. Esta ejecución, está lógicamente aparejada a los recursos que el Fondo Fiduciario para las Víctimas tenga a su disposición.

V. Desde el punto de vista procesal, los niveles de certeza de la prueba que han de ser probados por las víctimas, adquieren relevancia. En la sentencia de la CPI de de julio de 2012, puede observarse que el estándar probatorio para el establecimiento de las reparaciones a las víctimas difiere del utilizado para establecer la responsabilidad penal⁸⁵⁷. De esta manera, el patrón probatorio para establecer la responsabilidad penal es el recogido en las RPP y los Elementos de los Crímenes utilizados por la CPI⁸⁵⁸. Sin embargo, el patrón cambia cuando nos referimos a las reparaciones, pues en estos casos se acude al denominado balance de probabilidades⁸⁵⁹, propio del sistema procesal anglosajón.

Para explicar el patrón de probabilidades y su desarrollo –que en parte se explica por su unión con el jurado civil-, podemos explicar con LAURENCE JONATHAN COHEN que en la ley inglesa y norteamericana, hay al menos dos patrones de prueba.

⁸⁵⁷ Vid. GARCÍA FALCONÍ, RAMIRO: “Los estándares probatorios utilizados por la Corte Penal Internacional al fijar las reparaciones en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*”, en op. cit. “Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional”, págs. 377 y siguientes.

⁸⁵⁸ Vid. párr. 251 de la decisión.

⁸⁵⁹ También llamado prevalencia de evidencia.

Concretamente, entiende que “en un pleito civil se requiere a menudo, o normalmente, que el demandante, para ganar, pruebe los hechos de su causa según la “preponderancia de la evidencia” o “el balance de la probabilidad”. En una causa criminal la acusación demuestra la culpabilidad del acusado sólo si prueba su causa con un grado de probabilidad lo suficientemente cercano a la certeza como para que la conclusión pueda ponerse más allá de toda duda razonable. Aunque se disiente en ocasiones la terminología exacta que debería usarse en estos dos patrones de prueba, y aunque también se invoca a veces un tercer patrón de prueba en los tribunales americanos, el núcleo de la doctrina no se discute en modo alguno. Ciertamente la norma, hoy día, consiste en que para determinar cuestiones de hecho se requiere de la acusación un grado de probabilidad alto y absoluto en las causas criminales, mientras que el grado de evidencia requerido para ganar un pleito civil es, con frecuencia, o normalmente, relativo al grado de evidencia ofrecido por la parte perdedora”⁸⁶⁰.

Esto le lleva a la aplicación de principios matemáticos sobre la probabilidad judicial que nos alejarían del asunto, pero sí que puede señalarse con dicho autor que –en el ámbito procesal anglosajón-, las reclamaciones en el ámbito civil se acreditan por la vía de la preponderancia o prevalencia de evidencias.

Este razonamiento difiere del sistema romano-germánico, basado en la sana crítica del juez para evaluar la prueba, concepto que, como recuerdan entre otros muchos KEVIN CLERMONT y EMILY SHERWIN, retornó al continente europeo con la Revolución Francesa, reemplazando así la teoría formal de la prueba o *preuve légale* propia del proceso inquisitivo, que asignaba pesos específicos a las diferentes clases de prueba, como confesiones o juramentos, así como algunos de estos el carácter de prueba plena⁸⁶¹. En este sentido, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas de cargo aptas para enervar la presunción de inocencia las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar

⁸⁶⁰ Vid. COHEN, JONATHAN LAURENCE: “El concepto de probabilidad en las pruebas judiciales”, Teorema: Revista Internacional de Filosofía, Vol. 7, núm. 314 (1977), pág. 278.

⁸⁶¹ Vid. CLERMONT, KEVIN y SHERWIN, EMILY: “A Comparative View of Standards of Proof”, American Journal of Comparative Law, 2002, Vol. 50 núm. 2, pág. 543.

sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes⁸⁶².

De esta manera podría decirse, en síntesis, que en los sistemas de *common-law* el estándar de prueba para los casos civiles ordinarios requiere que quien asume la carga de la prueba, establezca mediante la demostración de hechos evidentes que otorga la prueba, que los hechos alegados son verdaderos. Sin embargo, en los sistemas de corte romano-germánico, el criterio que prevalece es la firme convicción por parte del juez de que los hechos son verdaderos. Para los dos últimos autores citados, el patrón de prevalencia de evidencia (a la hora de reproducir una prueba) produce resultados más precisos, lo que les hace preguntarse por la adhesión al sistema continental. Una de las razones que apuntan es que la valoración de la prueba por parte del juez transmite una impresión de exactitud y certeza que aumenta la percepción de la legitimidad de las resoluciones judiciales. Este aumento de la confianza del ciudadano en la resolución judicial, sería un objeto procesal válido que iría en detrimento, por otra parte, de la precisión de la doctrina probatoria. Así, en el sistema procesal alemán, se evitan los patrones probatorios porque el juez debe convencerse más allá de la duda razonable, independientemente de que se trate de un caso civil o penal, siendo la única excepción los casos fijados por la ley⁸⁶³.

En esta línea, RAMIRO GARCÍA FALCONÍ destaca que “el nivel de certeza requerido en el derecho penal continental es el llamado de *une intime conviction*, esto es, de la convicción interior, profunda y personal del juez, que también se exige en el ámbito civil, a diferencia del estándar utilizado en el ámbito anglosajón, el de preponderancia o prevalencia de la prueba, que es el usado por la Corte Penal Internacional como estándar para el establecimiento y prueba de las reparaciones”⁸⁶⁴. El jurista italiano MICHELE TARUFFO ha realizado propuestas que, sin lugar a dudas tienen interés en lo que a valoración de la prueba y reconstrucción de la verdad atañe. Concretamente propone un análisis de lo que denomina “construcciones” de los enunciados fácticos de hechos de relevancia penal, atendiendo a su perspectiva lógica,

⁸⁶² Vid. STC 31/1981, de 28 de julio.

⁸⁶³ Vid. a este respecto KOBOTT, JULIANE: “The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law”, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pág. 18.

⁸⁶⁴ Vid. GARCÍA FALCONÍ, RAMIRO, op. cit., pág. 381.

jurídica, semántica, cultural y social⁸⁶⁵. Esto le lleva a poner especial atención en el acto final del proceso, es decir “en la decisión judicial como acto de elección entre las varias versiones de los hechos (entre los diferentes enunciados) que han marcado el desarrollo del proceso. Especialmente, y en lo que respecta a la narración de los hechos, se trata de establecer qué criterio usa el juez para elegir, entre las versiones opuestas ofrecidas por las partes, aquella que, en cierto modo, representa el resultado del litigio procesal, o bien, si el juez mismo se construye una versión propia y diferente. Una respuesta obvia, que frecuentemente se da, es que el juez debería determinar cuál es la versión de los hechos de la causa que se puede considerar verdadera en algún sentido del término, descartando, pues, aquellas versiones que resulten falsas”⁸⁶⁶.

Examinadas las diferencias entre uno y otro sistema, y manifestado que es el sistema propio del *common-law* el que ha configurado en este aspecto la actuación de la CPI, pasamos a analizar este último, por ser el patrón al que debe acogerse la actuación procesal de la víctima. En el ámbito procesal anglosajón, encontramos, así pues, tres principales patrones de prueba probabilísticos:

a) *Proof beyond reasonable doubt* (BRD) o prueba más allá de toda duda razonable. Es el patrón de prueba utilizado para las causas criminales. A grandes rasgos, los fiscales tienen la carga de la prueba, y deben hacer valer que en su acusación no hay “duda razonable” en la mente de una “persona razonable”, siendo la persona acusada culpable⁸⁶⁷.

b) *Clear and convincing evidence* o patrón intermedio de evidencia clara⁸⁶⁸ (prueba clara y convincente). La prueba clara y convincente implica que una parte procesal

⁸⁶⁵ Vid. TARUFFO, MICHELE: “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”.

Consultado en:

https://www.google.es/search?source=hp&ei=cUf9W5_MGo3XkwWnprnQCg&q=michele+taruffo+algunas+consideraciones+entre+prueba+y+verdad&btnK=Buscar+con+Google&oq=michele+taruffo+algunas+consideraciones+entre+prueba+y+verdad&gs_l=psy-ab.3...595.17133..17669...0.0..0.212.8313.3j55j4.....0....1..gws-wiz.....0..0j0i131j0i10j0i22i30.mmv3n4819Us en fecha 27 de noviembre de 2018.

⁸⁶⁶ Vid. TARUFFO, MICHELE, op. cit. págs. 25 y 26.

⁸⁶⁷ A este respecto, puede consultarse el completo estudio de WHITMAN, JAMES Q.: The Origins of “Reasonable Doubt”, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2005, Faculty Scholarship Series, Paper 1. Disponible también http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1, consultado en fecha 15 de septiembre de 2017.

⁸⁶⁸ En la literatura jurídica anglosajona también se designa como “*much more likely than not*”.

alcanza un estándar de prueba por el cual se demuestra que un hecho tiene más probabilidades de haber ocurrido que no. En español podría denominarse como evidencia clara, convincente y satisfactoria. Este patrón de prueba conlleva un mayor nivel de persuasión que la “preponderancia de la evidencia” (que seguidamente veremos), y suele ser exigido en procesos administrativos o civiles⁸⁶⁹ en Estados Unidos. En el ámbito del proceso penal, únicamente se aplica a procesos concretos como el de *habeas corpus*. La famosa sentencia *Quinlan v. New Jersey*⁸⁷⁰, puede ser un ejemplo⁸⁷¹.

c) *Preponderance of evidence* o preponderancia de evidencia⁸⁷² (balance de probabilidades). Es el patrón requerido en los procesos civiles, principalmente en todos los asuntos relacionados con lo que denominamos el derecho de alimentos, legados, donaciones, masas hereditarias, etc. En estos casos, el patrón se observa cuando la proposición es más probable que sea verdadera que no verdadera. En la jurisprudencia se alude a este estándar como “más probable que no”. Un ejemplo del uso de este patrón de prueba puede observarse en la sentencia *Miller v. Minister of Pensions*⁸⁷³. En estos supuestos, según DAVID KAYE, el juez actúa en la misma forma que un estadístico⁸⁷⁴.

Este razonamiento choca con el sistema continental, que rechaza la perspectiva probabilística. En este sentido, el Tribunal Supremo Federal de Alemania contrapone la perspectiva probabilística al de libre valoración de la prueba, llegando dicho órgano jurisdiccional a afirmar categóricamente que el juez no puede darse por satisfecho con un mero cálculo de probabilidades, y ni siquiera es suficiente un alto nivel de probabilidades, pues una duda inicial es aceptable, pero al final el juez debe haberla superado. Esto no significa dejar la decisión a la discreción judicial, pero sí a la

⁸⁶⁹ Procesos que versan sobre asuntos tales como determinación de la paternidad, custodia de hijos, cuestiones relacionadas con bienes sucesorios, etc.

⁸⁷⁰ Mediática sentencia de los EEUU, en la que se indaga sobre la responsabilidad jurídica de desconectar la respiración artificial a una joven de 21 años que se encontraba en estado vegetativo.

⁸⁷¹ Sentencia consultada en:

<http://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1975/137-n-j-super-227-0.html> , en fecha 13 de septiembre de 2017.

⁸⁷² En la literatura jurídica anglosajona también recibe el nombre de “*more likely than not*”.

⁸⁷³ Sentencia consultada en <https://southwales.rl.talis.com/items/A8CD1249-6505-35D7-EFB1-962E18DA4A75.html> , consultada el 14 de septiembre de 2017.

⁸⁷⁴ KAYE, DAVID: “The limits of Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, en “Evidence, proof and facts: a book of sources”, Oxford University Press, 2003, pág. 7.

intención judicial⁸⁷⁵. Como ha explicado JORGE LARROUCAU TORRES, “en el Common Law hay un relativo acuerdo en cuanto a que un estándar de probabilidad prevaleciente (o regla $P > 0,5$) le imprime al juicio de hecho una racionalidad suficiente: si una de las posturas en competencia supera como grado de confirmación el 0,5 de probabilidad de ser correcta, entonces puede como el soporte de la decisión”⁸⁷⁶.

VI. Continuando con otros aspectos procesales, hay que destacar que si bien fueron 129 víctimas las que solicitaron reparaciones, finalmente fueron 97 las que participaron en el proceso (pocas para un conflicto con 60.000 muertos y miles de desplazados); todas ellas representadas por 7 abogados, de acuerdo con lo prescrito en la subregla 2 de la regla 90 RPP⁸⁷⁷. El párrafo 222 de la decisión versa sobre las modalidades de reparación ya adelantadas, contenidas en el art. 75 ER: restitución, compensación y rehabilitación como más destacadas, sin que este elenco se erija en *numerus clausus*, por permitirse formas de “valores simbólicos, preventivos o transformadores”. Los principios de la reparación, que ha de ser “apropiada, adecuada y rápida”, con definición de tipos beneficiarios, lo que incluye la posibilidad de reparar por segmentos de víctimas (tipos de violencia)⁸⁷⁸.

VII. En cuanto al contenido de las modalidades de reparación, la restitución es definida como la forma directa de restaurar la vida individual (educación, trabajo, propiedades, etcétera)⁸⁷⁹. Lógicamente, esta modalidad será inviable en todos aquellos casos en los que no sea posible el restablecimiento de la situación previa⁸⁸⁰. En segundo lugar, se recurre a la compensación como medio de reparación cuando concurren los presupuestos citados. En tercer lugar, se cita la rehabilitación, reparación prevista igualmente en el art. 75 ER. Se articula como el derecho de la víctima basado en el

⁸⁷⁵ Vid. Bundesgerichtshof (BGH), Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ), 1970, pág. 245. Citado por GARCÍA FALCONÍ, RAMIRO, op. cit., pág. 384.

⁸⁷⁶ Vid. LARROUCAU TORRES, JORGE: “Hacia un estándar de prueba civil”, Revista Chilena de Derecho, vol. 39, núm. 3 (2012), pág. 784.

⁸⁷⁷ Mediante esta subregla, como ya se analizó, se promueve que, en aras de un procedimiento eficaz, se nombren representantes legales comunes.

⁸⁷⁸ Vid. GALAIN PALERMO, PABLO: “Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima”, capítulo correspondiente a la op. cit., “Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga”, pág. 415 y siguientes.

⁸⁷⁹ Vid. párr. 224 de la decisión.

⁸⁸⁰ Vid. párr. 226 de la decisión.

derecho de no discriminación, en consonancia con los principios marcados por la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁸¹. La puerta abierta a otro tipo de reparaciones, según se adelantó, puede verse plasmada⁸⁸², entre otros aspectos, en la involucración de Thomas Lubanga Dyilo.

Aunque la condena de reparación abarca únicamente a las víctimas que se mostraron parte en el proceso, en relación a los hechos imputados, es del parecer de los magistrados de la CPI, que los programas de reparación incluyan las necesidades de todas las víctimas, y no solo las que solicitaron reparación en el marco del proceso penal⁸⁸³. Bien es cierto, que la regla 86 RPP, subraya la relevancia de los niños, ancianos, discapacitados, así como las víctimas de violencia sexual. Cuando examinábamos la figura del fiscal en las distintas fases procesales, destacábamos la acumulación de funciones que tiene atribuidas. En este sentido, se suele apuntar que, en gran medida, el fiscal es el responsable de los éxitos y fracasos de las metas político-criminales así como de las reparaciones, en tanto que éstas están limitadas a los hechos imputados.

A raíz de esta idea, un sector doctrinal ha criticado la labor de la Fiscalía en el caso Lubanga Dyilo. Así, se ha destacado que, en ese proceso, la prueba de esclavitud sexual se pudo haber obtenido, imputándose también a Thomas Lubanga este delito. De ahí que PABLO GALAIN PALERMO haya destacado las injusticias que ello implica, “porque las víctimas beneficiadas por la reparación fueron solo aquellos menores de edad reclutados para participar en las hostilidades, que bien pueden considerarse como parte de un grupo o colectivo de víctimas que también cometieron crímenes internacionales, reuniendo en su persona la doble condición de autor y víctima. En ese sentido, la reparación otorgada no se adecua a las víctimas de Lubanga, sino solo a algunas de ellas, aquellas que reunían la curiosa doble condición de autor y víctima. Así las cosas, las víctimas de los crímenes sexuales no fueron reparadas ni por el ámbito local ni por el internacional. Esta sentencia permite sostener que el espacio de juego que tiene el Fiscal para escoger los hechos a ser imputados puede ser causa de impunidad y de insatisfacción de las reparaciones a las víctimas”⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ Vid. GALAIN PALERMO, PABLO, op. cit. pág. 417.

⁸⁸² Vid. párr. 241 de la decisión.

⁸⁸³ Vid. párr. 187 de la decisión.

⁸⁸⁴ Vid. GALAIN PALERMO, PABLO, op. cit. pág. 422.

3.3.- Valoración crítica en torno a la justicia reparativa en relación con la víctima.

El sistema de justicia reparativa ideado por la CPI, es coherente con la regla 85 RPP. La experiencia de los equipos multidisciplinarios está siendo positiva, y el enfoque de compensación integral también parece muy acertado. Sin embargo, esta perspectiva tan amplia tanto en su desarrollo como a la hora efectiva de compensar los daños causados, corre el riesgo de defraudar. Si es el propio Fondo Fiduciario para las Víctimas quien ha dictaminado que *a priori*, las indemnizaciones que corran a cargo de sus fondos sean destinadas a reparaciones colectivas, se corre el riesgo de defraudar las expectativas de algunas víctimas especialmente desfavorecidas. El hecho de que, en los debates públicos que han sido descritos, se explique a las víctimas en el mecanismo de reparación y las posibles expectativas, no deja de traer a colación la posibilidad de que la primacía de la naturaleza colectiva de la reparación pueda ser inoportuna en numerosas ocasiones. En cambio, menos discusión encontramos en lo tocante a la posible dilación del proceso como consecuencia para evaluar todas y cada una de las posiciones de las víctimas. No es sino el resultado lógico de la tarea que es necesario acometer.

Es ligeramente desproporcionado, en este sentido, el esfuerzo que ha de realizarse en el proceso reparativo para demostrar un daño económico suficientemente cuantificable que sirva de base para una compensación proporcional y apropiada al daño, en función de la gravedad del crimen y las circunstancias del caso. Todo ello supeditado, claro está, a la existencia de los pertinentes fondos, algo que puede tener visos de ser la tónica general, si atendemos al desarrollo del caso Thomas Lubanga Dyilo. El incremento de los medios a disposición del Fondo Fiduciario para las Víctimas, supone un impulso muy positivo para la justicia reparativa, si tenemos en cuenta las necesidades a cubrir.

Sobre el posible acceso de una víctima que no haya tenido participación en el procedimiento y sí tenga la intención de recibir una indemnización, posibilidad reconocida en la sentencia de la SPI I de 7 de agosto de 2012, parece plausible que se contemple tal posibilidad. Es muy posible que esta vía ayude a equilibrar la gran distancia que existe entre el predominante carácter punitivo de la CPI y la función restaurativa⁸⁸⁵.

⁸⁸⁵ Sobre esta descompensación, vid. ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA, op. cit., pág. 200.

Una manifestación de la preeminencia de la función punitiva se desprende en el especial énfasis que pone la normativa de la CPI en prevenir los graves delitos sobre los que tiene competencia mediante el castigo a los perpetradores, por estimarse, principalmente, que la titularidad de los bienes jurídicos protegidos recae sobre la Comunidad Internacional en su conjunto, lo que conlleva la búsqueda del fin de la impunidad que tradicionalmente se asocia a los mismos. Sólo después, se ha desarrollado el fin de asunción de culpa y el daño causado a la sociedad a la que se pertenece (y el consiguiente desarrollo del Fondo Fiduciario para las Víctimas). Por eso, muchas de las propuestas del equipo multidisciplinar tienen como finalidad, servir de propuesta educativa y recuerdo para evitar que los actos cometidos se vuelvan a repetir.

Es llamativo, por otra parte, el cambio en la valoración de la prueba entre el establecimiento de las reparaciones y el de la responsabilidad penal. Sin embargo, los patrones de probabilidades que se están exigiendo, y que tan ajenos nos son, no deberían extrañarnos, pues es un sistema que encaja perfectamente con la secuencia de demostración de causación-cuantificación-compensación del daño. Además, se ha hecho hincapié en reiteradas ocasiones que el todo el proceso (lo que incluye obviamente las reparaciones), tiene los rasgos propios del sistema de *common law*, aunque incorpore algunos del romano-germánico.

4. La protección y asistencia a las víctimas como consecuencia de su participación en el proceso

4.1.- Normativa aplicable.

I. El término “protección” con que se describe este epígrafe debe entenderse en su acepción más amplia, puesto que con él se pretende aunar no solo las medidas que se pueden adoptar en ese sentido, sino también a todos aquellos entes que facilitan la participación de víctimas (así como a los testigos y los que ostentan las dos categorías) y aseguran el cumplimiento de las resoluciones judiciales. En este sentido, el ER no aporta grandes novedades, pues el TPIY y el TPIR ya incluían en sus respectivos estatutos disposiciones al respecto. Dentro del articulado del ER, pueden destacarse los apartados 1, 2 y 5 del art. 68 ER, que constituyen nuestro marco de referencia, y que respectivamente señalan que:

“La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos”.

“Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada

por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo”.

“Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos”.

II. Este elenco de medidas se dirige por tanto no solo a la protección de víctimas y testigos en el plano de la seguridad, bienestar físico y psicológico, sino también en el del aseguramiento de su participación procesal. Todas estas medidas habrán de ponderarse con el derecho del acusado a un juicio justo, imparcial y expedito. Para organizar estos esfuerzos, la CPI ha desarrollado un sistema configurado por la Unidad de Víctimas y Testigos, la Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas y el Fondo Fiduciario para las Víctimas.

4.2.- La Dependencia de Víctimas y Testigos⁸⁸⁶

I. La localización de la CPI en La Haya, presenta desafíos para quien quiera participar en el proceso, pero carezca de recursos, apoyo y orientación para emprender tal empresa. Para paliar posibles dificultades, el art. 43.6 ER establece que:

“El Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual”.

Se crea por tanto una Dependencia de Víctimas y Testigos, dependiente de la Secretaría⁸⁸⁷ de la CPI, cuyo objeto es asesorar a las víctimas, testigos, y familiares de ambos, sobre las medidas de seguridad previstas como consecuencia de su participación procesal. Las medidas aparecen especificadas en la regla 87 RPP:

⁸⁸⁶ También conocida por VWU por sus siglas en inglés (Victims and Witnesses Unit).

⁸⁸⁷ Esta dependencia queda reflejada en la regla 16 RPP, que establece que: “1. En relación con las víctimas, el Secretario será responsable del desempeño de las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

- a) Enviar avisos o notificaciones a las víctimas o a sus representantes legales;
- b) Ayudarles a obtener asesoramiento letrado y a organizar su representación y proporcionar a sus representantes legales apoyo, asistencia e información adecuados, incluidos los servicios que puedan ser necesarios para el desempeño directo de sus funciones, con miras a proteger sus derechos en todas las fases del procedimiento de conformidad con las reglas 89 a 91;
- c) Ayudarles a participar en las distintas fases del procedimiento, de conformidad con las reglas 89 a 91;
- d) Adoptar medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.

2. Con respecto a las víctimas, los testigos y demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, el Secretario desempeñará las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

- a) Informarles de los derechos que les asisten con arreglo al Estatuto y las Reglas y de la existencia, funciones y disponibilidad de la Dependencia de Víctimas y Testigos;
- b) Asegurarse de que tengan conocimiento oportuno, con sujeción a las disposiciones relativas a la confidencialidad, de las decisiones de la Corte que puedan afectar a sus intereses.

3. A los efectos del desempeño de sus funciones, el Secretario podrá llevar un registro especial de las víctimas que hayan comunicado su intención de participar en una causa determinada.

4. El Secretario podrá negociar con los Estados, en representación de la Corte, acuerdos relativos a la instalación en el territorio de un Estado de víctimas traumatizadas o amenazadas, testigos u otras personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos y a la prestación de servicios de apoyo a esas personas. Estos acuerdos podrán ser confidenciales”.

“1. La Sala, previa solicitud del Fiscal o de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, podrá, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo. La Sala, antes de ordenar la medida de protección, y, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.

2. La solicitud que se presente en virtud de la subregla 1 se regirá por la regla 134, salvo que:

a) Esa solicitud no será presentada ex parte;

b) La solicitud que presente un testigo o una víctima o su representante legal, Reglas de Procedimiento y Prueba de haberlo, será notificada tanto al Fiscal como a la defensa y ambos tendrán la oportunidad de responder;

c) La solicitud que se refiera a un determinado testigo o una determinada víctima será notificada a ese testigo o víctima o a su representante legal, de haberlo, así como a la otra parte, y se dará a todos ellos oportunidad de responder;

d) Cuando la Sala actúe de oficio se notificará al Fiscal y a la defensa, así como al testigo o la víctima que hayan de ser objeto de la medida de protección o su representante legal, de haberlo, a todos los cuales se dará oportunidad de responder; y

e) Podrá presentarse la solicitud en sobre sellado, caso en el cual seguirá sellada hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes presentadas en sobre sellado serán presentadas también en sobre sellado.

3. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada con arreglo a la subregla 1, la cual se realizará a puerta cerrada, a fin de determinar si ha de ordenar medidas para impedir que se divulguen al público o a los medios de prensa o agencias de información la identidad de una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por uno o más testigos, o el lugar en que se encuentre; esas medidas podrán consistir, entre otras, en que:

a) El nombre de la víctima, el testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo o la información que pueda servir para identificarlos sean borrados del expediente público de la Sala;

- b) Se prohíba al Fiscal, a la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento divulgar esa información a un tercero;*
- c) El testimonio se preste por medios electrónicos u otros medios especiales, con inclusión de la utilización de medios técnicos que permitan alterar la imagen o la voz, la utilización de tecnología audiovisual, en particular las videoconferencias y la televisión de circuito cerrado, y la utilización exclusiva de medios de transmisión de la voz;*
- d) Se utilice un seudónimo para una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo; o*
- e) La Sala celebre parte de sus actuaciones a puerta cerrada”.*

Estas medidas también pueden revestir ciertas especialidades, como establece la regla 88 RPP:

“1. Previa solicitud del Fiscal, de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, la Sala, teniendo en cuenta las opiniones de la víctima o el testigo, podrá decretar, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una persona de edad o una víctima de violencia sexual. La Sala, antes de decretar la medida especial, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.

2. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada en virtud de la subregla 1, de ser necesario a puerta cerrada o ex parte, a fin de determinar si ha de ordenar o no una medida especial de esa índole, que podrá consistir, entre otras, en ordenar que esté presente durante el testimonio de la víctima o el testigo un abogado, un representante, un psicólogo o un familiar.

3. Las disposiciones de los apartados b) a d) de la subregla 2 de la regla 87 serán aplicables, mutatis mutandis, a las solicitudes inter partes presentadas en virtud de esta regla.

4. Las solicitudes presentadas en virtud de esta regla podrán hacerse en sobre sellado, caso en el cual seguirán selladas hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a

las solicitudes inter partes presentadas en sobre sellado serán también presentadas de la misma forma.

5. La Sala, teniendo en cuenta que la violación de la privacidad de un testigo o una víctima puede entrañar un riesgo para su seguridad, controlará diligentemente la forma de interrogarlo a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual”.

II. La participación de las víctimas y testigos ha de estar necesariamente respaldada por estas medidas, si se tiene en cuenta que después de un conflicto como el de la República Democrática del Congo, aun viven muchas personas atemorizadas. Testificar requiere un acto de valor considerable cuando miles de personas han sufrido torturas o se han visto expulsados de sus hogares –por citar dos ejemplos-, y es asimismo habitual que muchos perpetradores sigan libres cuando se presta la declaración, pudiendo aquellas sufrir represalias. Como cometidos específicos de la Dependencia de Víctimas y Testigos, hay que relacionar lo ya reseñado con los cometidos concretos asignados por la regla 17 RPP:

“1. La Dependencia de Víctimas y Testigos ejercerá sus funciones de conformidad con el párrafo 6 del artículo 43.

2. La Dependencia de Víctimas y Testigos desempeñará, entre otras, las funciones que se indican a continuación de conformidad con el Estatuto y las Reglas y, según proceda, en consulta con la Sala, el Fiscal y la defensa:

a) Con respecto a todos los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, de conformidad con sus necesidades y circunstancias especiales:

i) Adoptará medidas adecuadas para su protección y seguridad y formulará planes a largo y corto plazo para protegerlos;

ii) Recomendará a los órganos de la Corte la adopción de medidas de protección y las comunicará además a los Estados que corresponda;

iii) Les ayudará a obtener asistencia médica, psicológica o de otra índole que sea apropiada;

iv) Pondrá a disposición de la Corte y de las partes capacitación en cuestiones de trauma, violencia sexual, seguridad y confidencialidad;

v) Recomendará, en consulta con la Fiscalía, la elaboración de un código de conducta en que se destaque el carácter fundamental de la seguridad y la confidencialidad para los investigadores de la Corte y de la defensa y para todas las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que actúen por solicitud de la Corte, según corresponda;

vi) Cooperará con los Estados, según sea necesario, para adoptar cualesquiera de las medidas enunciadas en la presente regla;

b) Con respecto a los testigos:

i) Les asesorará sobre cómo obtener asesoramiento letrado para proteger sus derechos, en particular en relación con su testimonio;

ii) Les prestará asistencia cuando tengan que testimoniar ante la Corte;

iii) Tomarán medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género para facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.

3. La Dependencia, en el ejercicio de sus funciones, tendrá debidamente en cuenta las necesidades especiales de los niños, las personas de edad y las personas con discapacidad. A fin de facilitar la participación y protección de los niños en calidad de testigos, podrá asignarles, según proceda y previo consentimiento de los padres o del tutor, una persona que les preste asistencia durante todas las fases del procedimiento”.

III. Un estudio realizado en junio de 2014 por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Berkeley⁸⁸⁸, sobre la base de encuestas y entrevistas a 109 testigos del caso Lubanga, concluye que esta dependencia era una instancia efectiva en cuanto a la ayuda prestada a los testigos, si bien objetan sobre los gastos de participación⁸⁸⁹. De las encuestas realizadas, también se desprende que los testigos sentían -en un elevado número de casos- la necesidad de testificar, bien para estar cara a cara con el acusado,

⁸⁸⁸ Vid. informe *The Victims Court? A Study of 622 Victim Participants at the International Criminal Court*, publicación de Human Right Center de UC Berkeley School of Law, 2015, disponible en https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/VP_report_2015_final_full2.pdf, consultado en fecha 5 de octubre de 2017.

⁸⁸⁹ *Ibidem* pág. 5.

bien para poder contar su historia, bien para expresar su deber de recordar a las víctimas mediante la expresión de su relato. Por otra parte, al carecer la mayoría de testigos de experiencia previa en asuntos procesales, la Dependencia de Víctimas y Testigos ofrece una orientación capital sobre lo que la víctima o testigo pueden esperar de su participación en el proceso; también porque la mayoría de testigos en los casos de Thomas Lubanga y Germain Katanga utilizaron medidas de protección al testificar (tales como pseudónimos o distorsión facial o de voz). Además, el estudio revela que la gran mayoría de los testigos y víctimas volverían a testificar, lo cual da una idea de que las medidas previstas en las reglas 87 y 88 RPP son imprescindibles y efectivas para el desarrollo del proceso. Como aspectos mejorables de esta Dependencia de Víctimas y Testigos, el estudio destaca las siguientes: necesidad de mejorar la comunicación con víctimas y testigos en lo tocante a los desplazamientos a la CPI, asegurarse del pago de los subsidios destinados a gastos procesales, o investigar si los servicios prometidos (servicios médicos o tasas educativas) han sido prestados⁸⁹⁰.

Todas estas medidas pueden quedar agrupadas en los siguientes niveles de protección:

a) Prevención: la Dependencia de Víctimas y Testigos entiende que la protección de víctimas y testigos es la forma más efectiva de seguridad. Estos procedimientos de ayuda no deben dirigirse exclusivamente a estas dos categorías, sino que debe ampliarse a otros intermediarios que también ayudan a las víctimas, como pueden ser las organizaciones no gubernamentales, puesto que pueden correr igualmente peligro cuando son vistas como enlaces de la CPI.

b) Medidas de protección establecidas por la CPI: según hemos visto, son las concedidas por la Corte para proteger la identidad de víctimas y testigos en el proceso judicial. Este uso del anonimato se articula a través de un registro al que pueden acceder los magistrados (en ciertas ocasiones también la Fiscalía) para examinar datos que son expurgados de los documentos judiciales.

⁸⁹⁰ Ibídem, pág. 7. También se incluyen comentarios acerca de la posibilidad de paliar costes de participación.

c) El programa de protección de la CPI: la CPI tiene un programa de protección de testigos que puede ampliarse a las víctimas participantes si están expuestas a riesgos, que son evaluados con los mismos parámetros que los utilizados por los testigos de la Fiscalía o la defensa. Estas medidas pueden incluir, en los casos en los que se está expuesto a un mayor riesgo, la reubicación a otras regiones o países. A tales efectos, la CPI ha suscrito acuerdos con países para facilitar las reubicaciones⁸⁹¹.

⁸⁹¹ Todas estas medidas tiene su reflejo normativo en la regla 18 RPP:

“La Dependencia de Víctimas y Testigos, a los efectos del desempeño eficiente y eficaz de sus funciones:

a) Velará por que sus funcionarios salvaguarden la confidencialidad en todo momento;

b) Reconociendo los intereses especiales de la Fiscalía, la defensa y los testigos, respetará los intereses de los testigos, incluso, en caso necesario, manteniendo una separación apropiada entre los servicios para los testigos de cargo y de descargo y actuará imparcialmente al cooperar con todas las partes y de conformidad con las órdenes y decisiones de las Salas;

c) Pondrá asistencia administrativa y técnica a disposición de los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos en todas las fases del procedimiento y en lo sucesivo, según razonablemente corresponda;

d) Hará que se imparta capacitación a sus funcionarios con respecto a la seguridad, la integridad y la dignidad de las víctimas y los testigos, incluidos los asuntos relacionados con la sensibilidad cultural y las cuestiones de

género;

e) Cuando corresponda, cooperará con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales”.

4.3.- La Sección para la Participación y Representación de las Víctimas

I. Esta Sección para la Participación y Representación de las Víctimas se encarga de facilitar la interacción entre víctimas y CPI. Podemos traer a colación la orden de la SCP II a la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas de 10 de diciembre de 2009, sobre la situación en la República de Kenia⁸⁹². En este caso, la SCP II encomendó a la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas la labor, en primer lugar, de contactar con los líderes comunitarios de las comunidades afectadas, para indagar sobre aquellas que quisiesen ser representadas (colectiva o individualmente), realizar posteriormente una evaluación sobre la coherencia de la información aportada por las víctimas, y, finalmente, comprobar si se cumplen los requisitos establecidos en la regla 85 RPP, resumiendo las representaciones de las víctimas en un único informe. La Sección para la Participación y Representación de las Víctimas canalizaría, en una primera fase, las relaciones entre víctima y CPI. Tal es la causa por la que la regla 89.1 RPP indica que las solicitudes que se remitan a la Secretaría sean remitidas a la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas. De acuerdo con la norma 86.2 RC, la solicitud de participación debe contener “en la medida de lo posible” la siguiente información:

- La identidad y la dirección de la víctima, o la dirección a la cual la víctima solicita le sean enviadas todas las comunicaciones.
- Una descripción del daño sufrido, que sea resultado de la comisión de un crimen bajo la jurisdicción de la CPI. Si la víctima es una organización o institución, una descripción del daño directo sufrido⁸⁹³.
- Una descripción del incidente, incluyendo el lugar y la fecha, y en la medida de lo posible, la identidad de la persona o de las personas que la víctima considera que son responsables por el daño.
- Cualquier documentación de apoyo relevante, incluyendo nombres y direcciones de los testigos.
- Información sobre por qué los intereses son afectados.
- Información sobre la etapa de los procedimientos en los cuales las víctimas desean participar.

⁸⁹² Vid. https://icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_09006.PDF, consultada en fecha 3 de octubre de 2017.

⁸⁹³ De acuerdo con lo establecido en la regla 85 b) RPP.

- Si es factible, la reparación buscada.
- Los nombres y direcciones de los representantes legales, si procede.

A tales efectos, la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas ha elaborado dos formularios de solicitud –de acuerdo con la regla 86 RPP- para facilitar la participación de las víctimas, tanto si son personas naturales como si son personas jurídicas. No obstante, no es imprescindible utilizarlos según la subregla 1 de la regla 86 RPP, aunque sea recomendable. En este sentido, la SCP I, en su decisión de 17 de enero de 2006 confirmó la posibilidad de utilizar otras fórmulas⁸⁹⁴. La Federación Internacional de Derechos Humanos⁸⁹⁵ elaboró unos formularios que –en relación con la decisión citada-, fueron utilizados por las 6 víctimas a las que se alude en la misma. Si una persona se viese imposibilitada para realizar por escrito la solicitud por causas de incapacidad o analfabetismo, la regla 102 RPP habilita para presentarla “en audio, vídeo u otra forma electrónica”.

II. Además, la SPRV elabora un primer análisis sobre las solicitudes de participación que recibe la CPI. Posteriormente, de acuerdo con la regla 89.1 RPP y la norma 86.5 RC, remite el análisis y la solicitud a la Sala correspondiente, para que esta efectúe un segundo análisis⁸⁹⁶. A este respecto, la Sala puede solicitar que se amplíe la información. Así, la SCP I llevó a cabo una audiencia el 12 de julio de 2005 con representantes legales de víctimas y representantes de la Federación Internacional de Derechos Humanos, para recibir información adicional sobre solicitudes de participación y adopción de medidas de protección a favor de las víctimas, y realizar así esa segunda evaluación de participación de víctimas identificadas como Sección para la Participación y Representación de las Víctimas 1 a 6⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ Vid. Decisión sobre la participación en los procedimientos SPRV 1 a 6, de 17 de enero de 2006, ICC-01/04-101.

⁸⁹⁵ Plataforma ligeramente politizada que agrupa a 184 organizaciones internacionales de DDHH de 112 países.

⁸⁹⁶ Vid. norma 86.7 RC.

⁸⁹⁷ Vid. a este respecto http://www.icc-cpi.int/cases/RDC/so104/50104_pr20050714&l=en.html , consultado en fecha 5 de octubre de 2017.

4.4.- La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas

I. La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas fue creada el 19 de septiembre de 2005, siguiendo el mandato de apoyo y asistencia a víctimas y representantes legales, a tenor de lo establecido en las normas 80 y 81 RC. Dichas normas establecen respectivamente lo siguiente:

“1. Previa consulta al Secretario, las Salas podrán nombrar a un representante de las víctimas cuando dicho nombramiento sea necesario en interés de la justicia.

2. La Sala podrá nombrar a un abogado que sea integrante de la Oficina Pública de Defensa de las víctimas”.

“1. El Secretario deberá crear y desarrollar una Oficina Pública de Defensa de las víctimas a los efectos de prestarles la asistencia descrita en el numeral 4.

2. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas actuará dentro de las competencias de la Secretaría solamente a los efectos administrativos y será en todos sus demás aspectos una oficina totalmente independiente. Los abogados de la Oficina y sus asistentes actuarán en forma independiente.

3. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas podrá incluir a abogados que reúnan las condiciones establecidas en la regla 22 y la norma 67. La Oficina incluirá particularmente asistentes a los que hace referencia la norma 68.

4. La Oficina Pública de Defensa de las víctimas también deberá prestar apoyo y asistencia al Representante Legal de las víctimas y a las víctimas, incluyendo, cuando sea procedente:

a) Investigaciones y asesoramiento letrado, y

b) Comparecencia ante una Sala en relación con ciertos asuntos específicos”.

Esta labor consistente en la prestación de apoyo y asistencia a las víctimas, así como de representación legal de aquellos que carezcan de representación⁸⁹⁸, se hace de manera autónoma. Así se desprende del apartado 2 de la norma 81 RC, donde se recoge que depende de la Secretaría “solamente a los efectos administrativos y será en todos sus demás aspectos una oficina totalmente independiente”. Esta ausencia de ligazón facilita no solo la independencia de criterio, sino también la especial confianza que ha de existir entre representante y víctima. Como apunta el Manual para los Representantes legales publicado por la propia Oficina Pública de Defensa de las Víctimas⁸⁹⁹, “los miembros de la Oficina están sujetos a las disposiciones establecidas en el Código de conducta profesional de los abogados ante la Corte Penal Internacional. En la realización de sus tareas, la Oficina toma en cuenta las cuestiones relacionadas con la seguridad y la protección de las víctimas, y procura respetar la voluntad de las víctimas, así como el idioma que ellas hablan y los problemas específicos relacionados con cuestiones de género y niños”⁹⁰⁰.

El Código de Conducta Profesional no es sino la materialización del encargo a la Secretaría expresado en las reglas 8 a 20 RPP. Para el cumplimiento de esta tarea, la regla 20 RPP manifestaba que la Secretaría “consultará, según corresponda, a un órgano representativo independiente de colegios de abogados o asociaciones jurídicas, con inclusión de cualquier órgano cuyo establecimiento facilite la Asamblea de Estados Partes”.

Por otra parte, es la regla 8 RPP la que asignó a la Presidencia –previa consulta con el Fiscal y a propuesta de esa primera labor del Secretario a la que se ha aludido-, la responsabilidad de elaborar un proyecto de Código de Conducta Profesional de los Abogados. En el desarrollo de este mandato, puede destacarse que en el 2003, el Secretario trabajó en la propuesta de proyecto de código, consultando con un amplio espectro de personas que iban desde individuos o asociaciones, hasta magistrados. En agosto de 2004, la Secretaría de la Asamblea de los Estados Parte publicó una propuesta de proyecto de Código, que fue recibida por la Presidencia y remitida para consideración de la Asamblea. En su tercera sesión en septiembre de 2004, la Asamblea

⁸⁹⁸ Vid. norma 81.4 RC.

⁸⁹⁹ Vid. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/opcv/OPCVManualSpa.pdf> consultado en fecha 15 de marzo de 2017, cuya publicación es del 2013. Este valioso manual, aparte de orientaciones para víctimas y representantes, contiene valiosas decisiones de las distintas salas de la CPI, muchas de las cuales son traídas a colación en el presente trabajo.

⁹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 35.

decidió su aplicación provisional hasta el final de la cuarta sesión en noviembre de 2005, invitando a los Estados Partes a aportar comentarios sobre el proyecto hasta el 31 de diciembre de 2004. En la cuarta asamblea de los Estados Parte –diciembre de 2005-, se adoptó el Código de Conducta de los Abogados⁹⁰¹.

Retomando las funciones de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, estas puede sintetizarse en fomentar la conciencia de las víctimas sobre sus derechos y prerrogativas dentro del ER y las RPP. Como manifestaciones concretas de este quehacer, pueden destacarse las siguientes⁹⁰²:

- a) Facilitar el proceso por el cual las víctimas, a través de su participación ante la CPI, pueden “contar su historia” y tener voz reconocida en el proceso.
- b) Contribuir a una percepción general por las víctimas de su capacidad de influir en el proceso ante la CPI respondiendo activamente a las solicitudes de información, ayudándoles asimismo a entender los pasos procesales necesarios para su participación, fomentando con ello su sentido de autonomía.
- c) La defensa legal de los derechos de las víctimas a mantener un doble estatus de víctima y testigo ante la CPI, promoviendo así su sentido de dignidad como testigos, mientras que al mismo tiempo ayuda a satisfacer su necesidad de reconocimiento internacional como víctimas de crímenes competencia de la CPI.
- d) Facilitar el camino para el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el Derecho Penal Internacional, a través de la promoción activa de estos derechos dentro de los procedimientos.

⁹⁰¹ Vid. a este respecto la fuente de la que se ha extraído la secuencia: Human Rights First: “Ensuring Ethical Representation. Comments on the draft Code of Professional for counsel before the International Court”. Consultado en <http://iccnow.org/?mod=codeofconduct> en fecha 10 de octubre de 2017.

⁹⁰² Vid. Manual para los Representantes legales, op. cit. págs. 33 y 34.

II. Existen numerosas decisiones, tanto de las SCP como de las SPI, que reflejan y apuntalan la finalidad de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas. Así pues, la SCP II ha declarado que:

“Es tarea de la Oficina, como entidad encargada de proporcionar a las víctimas que solicitan participar cualquier tipo de apoyo y asistencia que pueda ser apropiada en la etapa de las actuaciones que preceden a la determinación de su estatus, informar a las víctimas que se hayan puesto en contacto con la Corte, de sus derechos y prerrogativas en relación con el artículo 53 del Estatuto de Roma”⁹⁰³.

Más prolífica se muestra la SPI I de 6 de marzo de 2008, que afirma que:

“Las disposiciones pertinentes en el marco del Estatuto de Roma prevén que la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas puede tener una amplia variedad de funciones durante la etapa del juicio. El párrafo 1 de la regla 90 de las Reglas establece el derecho de las víctimas a elegir un Representante legal. La Sala, en virtud de la norma 80 del Reglamento de la Corte, tiene la facultad de nombrar a un Representante legal, entre otros, de la Oficina Pública de Defensa de las víctimas, y el párrafo 4 de la norma 81 del Reglamento de la Corte obliga a la Oficina a prestar apoyo y asistencia a las víctimas y a sus Representantes legales proporcionando investigaciones legales y asesoramiento letrado y compareciendo ante la Sala (...).

Las decisiones sobre la función de la Oficina Pública de Defensa de las víctimas serán necesariamente específicas para cada causa: aunque la gama de opciones es amplia, un papel hecho a la medida debe ser establecido en cada causa (...).

La Oficina Pública de Defensa de las víctimas no es en sí misma una parte o un participante en la causa. Por lo tanto, la oportunidad que puede ser dada a la Oficina Pública de Defensa de las víctimas de comparecer ante la Sala en relación con temas específicos puede ser iniciada por:

⁹⁰³ Vid. ICC-02/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 10 de agosto de 2007, párr. 95. En la misma línea, vid. ICC-02/04-01/05-134, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 1 de febrero de 2007, párr. 13, que señala lo siguiente: “El mandato conferido en la Oficina por el Reglamento de la Corte abarca las formas y los métodos de asistencia a las víctimas que carecen de representación legal y, por tanto, se adecua para que las víctimas se beneficien de cualquier tipo de apoyo y asistencia que pueda ser ofrecido por la Oficina”.

- La Sala (lo cual suele estar relacionado con cuestiones de importancia general y aplicabilidad);
- Una víctima o su representante, quien ha pedido su apoyo y asistencia;
- La Oficina Pública de Defensa de las víctimas, si esta representa a una o más víctimas, o la Oficina Pública de Defensa de las víctimas, a raíz de una solicitud para presentarse ante la Sala en relación con cuestiones concretas, a pesar del hecho de que no haya sido requerida para ello por los representantes de las víctimas o las víctimas individuales (esto por lo general está relacionado a cuestiones de importancia y aplicabilidad general) (...).

La Sala de Primera Instancia considera que a la Oficina Pública de Defensa de las víctimas en su calidad de Representante legal de las víctimas solicitantes debe concedérsele el mismo acceso que el concedido a cualquier otro Representante legal de una víctima solicitante (...).

El derecho de la Oficina Pública de Defensa de las víctimas de acceder al índice del expediente de la causa (y otros documentos que no están disponibles públicamente) depende de su papel en la causa. Si la Oficina representa a las víctimas que han sido admitidas a participar en la causa, tendrá los mismos derechos que cualquier otro representante legal que desempeñe esta función con las víctimas de dicha causa”⁹⁰⁴.

De estas extensas citas jurisprudenciales se deduce un apoyo decidido de la CPI por defender los intereses de las víctimas a lo largo del proceso, complementando así de manera coherente ese interés en la recopilación de datos tendentes a favorecer la participación, que se examinó con ocasión de la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas. De ahí que estimemos que el desarrollo de la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas y la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas debe ser parejo, pues la Sección necesita a la Oficina y viceversa. En otras palabras, carecería de sentido promocionar la participación de quien ha sufrido una lesión de un bien jurídico consagrado en el ER, para después abandonar a quien no tiene medios para litigar en una jurisdicción de nueva creación. Así pues, participación y representación configuran un derecho accesorio, el de libre elección del representante

⁹⁰⁴ Vid. ICC-01/04-01/06-1211, Sala de Primera Instancia, 6 de marzo de 2008, párrs. 30-31, 35, 37 and 40.

legal, que en el caso de la CPI es más exigente –y favorecedor- para la víctima que el ofrecido en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales para quien no tiene medios para litigar; nos explicaremos.

Quien tenga suficiencia de medios para litigar, debe escoger un representante legal que cumpla con ciertos requisitos para que pueda ser aceptado por la CPI⁹⁰⁵. Entre estos requisitos, de acuerdo con la regla 22 y subregla 6 de la regla 90 RPP, así como la norma 67 del RC, descuellan los de reconocida competencia en Derecho Internacional o en Derecho Procesal Penal, excelente dominio de uno de los idiomas de trabajo de la CPI, además de contar con una experiencia mínima de diez años. Estas características también han de estar presentes, como no podía ser de otra manera, entre los representantes legales que brindan asistencia a las víctimas sin medios económicos, todo ello con el apoyo de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas. Si comparamos estas cualidades con los límites amplios establecidos por el art. 25 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita⁹⁰⁶, que ha quedado materializado en que el abogado adscrito al Turno de Oficio lleve al menos tres años en el ejercicio efectivo de la profesión, estar en posesión del diploma del curso de Escuela de Práctica Jurídica o de cursos equivalentes homologados por el Colegio de Abogados, o haber superado los cursos o pruebas de acceso a los servicios del Turno de Oficio y asistencia letrada al detenido establecidos por la Junta de Gobierno de los Colegios de Abogados, observaremos que los representantes legales que intenten acreditarse ante la CPI han de acreditar una solvencia mayor (al menos en su límite mínimo). Así pues, el ER ha materializado en la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas de manera satisfactoria, a nuestro juicio, un extremo tan importante como el de favorecer el acceso a la justicia a quienes no tienen medios para litigar, corolario evidente de la concepción social o asistencial de los Estados desarrollados, que en el caso de España están reconocidos en los arts. 24, 25 y 119 de nuestro texto constitucional.

III. Es interesante la posibilidad que se atribuye a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas para responder a las observaciones presentadas en calidad de *amicus curiae*, esto es, alegaciones realizadas por terceros ajenos al litigio, que bien para ofrecer de

⁹⁰⁵ Son los mismos que debe tener el representante legal de la defensa.

⁹⁰⁶ Vid. también el art. 33, relativo a formalización y especialización, del Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003.

manera voluntaria su opinión legal, bien para presentar un testimonio no solicitado o un informe en derecho sobre la materia objeto del proceso, buscan colaborar con el tribunal en cuestión. No obstante, hay que señalar que no es una atribución exclusiva de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, pues la regla 103 RPP habilita a que un Estado, organización o cualquier persona a que pueda presentar observaciones, oralmente o por escrito, en cualquier etapa del procedimiento cuando así sea solicitado por una Sala.

Siendo el *amicus curiae* una institución que surgió en el seno del Derecho Romano, ha tenido una gran recepción en el derecho inglés, y por tanto en su proceso; y de ahí se ha extrapolado al ámbito internacional. Es frecuente encontrar *amicus curiae* en procesos en los que se ventilan cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y las libertades públicas, y, en general, con todo lo que atañe a los Derechos Humanos. Esa es la causa por la que son normalmente las organizaciones no gubernamentales involucradas en la defensa de estos derechos las que suelen hacer uso de esta posibilidad de participación procesal. Por los mismos motivos, es frecuente su participación no sólo en el ámbito de la CPI, sino también en el TEDH o la CIDH.

Es común afirmar que este tipo de intervención ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales, eleva el nivel de discusión y abre el debate de la temática en el litigio, especialmente en aquellos casos donde se encuentre comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto⁹⁰⁷. Por escoger algún ámbito dentro del derecho comparado en donde la intervención *amicus curiae* sea representativa⁹⁰⁸, podemos elegir el ordenamiento jurídico norteamericano, en el que, al pertenecer al sistema de *common-law*, la jurisprudencia es fuente principal del Derecho. De ahí que el *amicus curiae* suponga la ampliación de participantes en el debate, contribuyendo a legitimar el precedente que se establezca para casos futuros. Sin embargo, se ha destacado que el *amicus curiae* en los EEUU ha perdido la neutralidad⁹⁰⁹. Para ordenar esta intervención,

⁹⁰⁷ Vid. el documento titulado “Exposición de motivos para la legislación de la figura Amicus Curiae en la Jurisdicción Federal/Nacional en la República Argentina, consultado en <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/05/Exposici%C3%B3n-de-motivos-para-la-legislaci%C3%B3n-de-la-figura-del-Amicus-Curiae-en-la-Jurisdicci%C3%B3n-Federal-Nacional-en-la-Republica-Argentina..pdf> en fecha 9 de octubre de 2017.

⁹⁰⁸ Vid. CASTAÑEDA PORTOCARRERO, FERNANDO: “El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Serie documentos defensoriales, doc. N° 8, Defensoría del Pueblo (Perú), disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>, consultado en fecha 9 de octubre de 2017.

⁹⁰⁹ Vid. CASTAÑEDA PORTOCARRERO, FERNANDO, op. cit. pág. 30.

el Tribunal Supremo de los EEUU ha reglamentado esta figura. Concretamente, de la regla 37 de dicha normativa se extrae lo siguiente:

- Existe una participación ilimitada de los interesados.
- El *amicus curiae* debe llamar la atención sobre algo relevante, no advertido por las partes y, por ende, que pueda ser útil para la decisión del tribunal.
- Se debe acompañar el consentimiento escrito de las partes. En el caso de una negativa, se debe adjuntar la solicitud en el documento *amicus curiae*, para que sea apreciado por el tribunal.
- No se requiere el consentimiento de las partes cuando el *amicus curiae* es presentado por el Fiscal General en representación de los EEUU, o por el representante de cualquier agencia federal o cualquiera de los Estados federales, condados o ciudades.
- Si se desea argumentar oralmente el contenido del *amicus curiae*, se debe acreditar el consentimiento de las partes.
- Se debe adjuntar el documento que contiene el *amicus curiae* al requerimiento de las partes en litigio, así como la identificación de la parte a la que se apoya y el interés que justifica la intervención.
- La extensión del escrito no debe exceder de cinco páginas. Se dará traslado de este a las partes, quienes podrán objetar la intervención exponiendo de forma concisa sus razones⁹¹⁰.

Ahora bien, el concepto de *amicus curiae* también puede encontrarse en el ámbito de la UE, pues no infrecuente encontrar en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la UE la referencia a dictámenes de la Comisión Europea que cumplen la labor de información que, en esencia, se ha descrito anteriormente⁹¹¹.

En el caso que vamos a citar a continuación, fueron dos organizaciones no gubernamentales las que presentaron observaciones mediante *amicus curiae*, a saber, “The Redress Trust” y “Lawyers for Justice in Libya”. El contexto es de la situación en Libia; situación que fue remitida por el Consejo de Seguridad en febrero de 2011, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad presuntamente cometidos en este país desde el 15 de febrero de 2011.

⁹¹⁰ Vid. <http://www.supremecourtus.gov/ctrules/2007rulesofthecourt.pdf>, citado en CASTAÑEDA PORTOCARRERO, op. cit., pág. 31.

⁹¹¹ Vid. STJUE (Sala Sexta) de fecha 22 de mayo de 2014. Consultada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TEXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0056&from=ES>, en fecha 30 de noviembre de 2018.

La decisión, en este caso de la SCP I, señala que: “Tras la impugnación de la admisibilidad presentada por el Gobierno de Libia y en virtud de la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Sala ha autorizado a las organizaciones “*Lawyers for Justice in Libya*” y “*The Redress Trust*” a presentar observaciones en calidad de *amicus curiae*, entre otras razones, por la experiencia adquirida en relación al trabajo previo realizado con víctimas de crímenes competencia de la CPI, así como en lo tocante a la obtención de justicia en las jurisdicciones penales nacionales libanesas y otros foros; y la relación entre los derechos de las víctimas y la admisibilidad con arreglo al artículo 17 del Estatuto de Roma. Esto incluye la capacidad del poder judicial libanés para proporcionar justicia a las víctimas de graves crímenes internacionales, tomando en cuenta la capacidad y los planes analizados para futuros procesos. (...) La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas solicitó a la Sala que permitiera a la abogada principal, en caso de que esta lo considerara necesario para la protección de los intereses de sus clientes, presentar apreciaciones relativas a las observaciones en calidad de *amicus curiae* de “*Lawyers for Justice in Libya*” y “*The Redress Trust*”. (...) La Sala hace observar que la regla 103 de las Reglas (RPP) le da discrecionalidad para invitar o autorizar observaciones en calidad de *amicus curiae* sobre cualquier asunto que se considere apropiado. En lo relativo a la implicación de las partes, la subregla 2 de la regla 103 de las Reglas estipula que las partes tendrán la oportunidad de responder a toda observación realizada en calidad de *amicus curiae*. Sin embargo, aunque esta disposición establece los derechos mínimos que la Sala debe acordar en referencia a las partes, por cuestión de principios no impide que los otros participantes respondan. Tomando en cuenta también el propósito de la regla 103 de las Reglas, la Sala opina que posee discrecionalidad para invitar o autorizar a los participantes del procedimiento a presentar respuestas a las observaciones de *amicus curiae* siempre que sea apropiado, teniendo en cuenta las circunstancias particulares. (...) Habiendo examinado la petición de la Oficina, y considerando las cuestiones por las cuales se ha autorizado a “*Lawyers for Justice in Libya*” y “*The Redress Trust*” a presentar observaciones en calidad de *amicus curiae*, la Sala opina que es apropiado, en las presentes circunstancias, acordar la posibilidad de presentar una respuesta a las observaciones de los *amicus curiae*. (...) Por estas razones, la Sala autoriza a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas a

presentar una respuesta a las observaciones en calidad de *amicus curiae* de Lawyers for Justice in Libya y *The Redress Trust*”⁹¹².

IV. Existe también la posibilidad de que, en fase de apelaciones, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas pueda actuar. Una decisión de la SA de 14 de diciembre de 2012, habilitó a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas a ejercitar el derecho de apelación, circunscribiendo la actuación a las personas a las que se le nombró representante legal. De esta manera, la Sala manifestó que:

“La Sala de Apelaciones determina que, en las circunstancias de la presente causa, la Oficina Pública de Defensa de las víctimas tiene derecho a apelar con respecto a aquellas personas de las que se le nombró Representante legal. Sin embargo, la Sala de Apelaciones considera que las personas no identificadas que no han presentado solicitudes pero que pueden beneficiarse de la concesión de reparaciones colectivas, conforme a las reglas 97 y 98 de las Reglas, no pueden tener derecho a apelar, ya que en esta etapa del procedimiento es imposible discernir quién pertenecería a este grupo puesto que no existen criterios concretos. Por consiguiente, en la medida en que la Oficina Pública de Defensa de las víctimas haya apelado la decisión impugnada en nombre de dichas personas sin identificar, la apelación debe ser rechazada por inadmisible. Ello no impide que potencialmente se pueda invitar a la Oficina a realizar presentaciones en nombre de esas personas en una etapa más avanzada del procedimiento”⁹¹³.

Por seguir con la concreción de la función de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, a efectos expositivos, sus cometidos pueden agruparse en prestación de apoyo y asistencia a las víctimas que solicitan participar, representación legal de las víctimas que solicitan participar, la representación legal de las víctimas autorizadas a participar en las actuaciones, la comparecencia ante una Sala en relación a cuestiones específicas, y, finalmente, la posibilidad de participar en las actuaciones de reparación⁹¹⁴.

En lo tocante a la prestación de apoyo y asistencia a las víctimas, puede añadirse a lo ya adelantado que hay numerosas decisiones que inciden en la asistencia previa a la

⁹¹² Vid. ICC-01/11-01/11-168, Sala de Cuestiones Preliminares I, 5 de junio de 2012, párrs. 3-6.

⁹¹³ Vid. ICC-01/04-01/06-2953 A A2 A3 OA21, Sala de Apelaciones, 14 de diciembre de 2012, párr. 72.

⁹¹⁴ Vid. Manual para los Representantes legales, op. cit. págs. 181-188.

determinación del estatus del agraviado. Por ejemplo, una decisión de la SCP II de 1 de febrero de 2007 señaló que:

“La Oficina prestará apoyo y asistencia a las víctimas que soliciten participar en la situación en Uganda y en la causa del Fiscal c. Joseph Kony y otros cuando sea necesario y apropiado en la etapa del procedimiento que precede a la decisión de la Sala sobre su estatus”⁹¹⁵.

Puede observarse, así pues, que se hace un esfuerzo por facilitar la asistencia por parte de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas desde el mismo momento en el que la víctima solicita la ayuda pero todavía no ha sido definido su estatuto, disipando las dudas que podrían haberse suscitado hasta su otorgamiento de estatuto de víctima. Se traza, por tanto, la línea divisoria entre los cometidos de la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas y la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, asignando con acierto –a nuestro juicio- a la Oficina la responsabilidad de la representación legal.

En la misma línea, una decisión de la SPI II, de 26 de febrero de 2009 se expresó en los siguientes términos:

“Aunque una lectura literal del numeral 4 de la norma 81 del Reglamento de la Corte sugeriría que ésta sólo concierne a las personas que hayan obtenido el estatus de víctima en el sentido de la regla 85 de las Reglas, tres Salas de la Corte hasta ahora han considerado necesario solicitar a la Secretaría la

⁹¹⁵ Vid. n° ICC-02/04-01/05-134, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 1 de febrero de 2007, párr. 13. Además, en cuanto a la representación legal de las víctimas que solicitan participar, concretamente en el momento previo a la declaración de la Sala sobre la procedencia de su posición de víctima, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

“La Sala indica que dentro de las personas que presentan una solicitud en la fase de investigación de la situación, un gran número de solicitantes pueden encontrarse sin representación legal antes de que la Sala determine si es procedente concederles el estatus de víctima. Además, considerando que, de conformidad con el numeral 4 de la norma 86 del Reglamento de la Corte, el Secretario automáticamente solicita información adicional para cualquier solicitud incompleta, la Sala considera oportuno nombrar a la Oficina para proporcionar apoyo y asistencia a los solicitantes no representados. Por consiguiente, con arreglo a la norma 116 del Reglamento de la Secretaría, el Secretario proporcionará automáticamente a la Oficina toda la información acerca de los solicitantes no representados, juntamente con la notificación de las solicitudes a los participantes. La Oficina deberá por lo tanto estar disponible para proporcionar apoyo y asistencia a los solicitantes hasta el momento en que se les conceda el estatus procesal de víctima y un Representante legal sea elegido por el solicitante o nombrado por la Corte. (...) La Sala considera que la OPDV debería estar disponible para aportar apoyo y asistencia a los solicitantes a quienes no se le han otorgado poderes de representación hasta el momento en el que los documentos apropiados sean recibidos por la SRPV o hasta que los solicitantes obtengan la calidad de víctima y elijan un representante legal, o sea designado por la Corte”, vid. ICC-01/04-374, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de agosto de 2007, párrs. 41, 43, 44, 49 y 50.

designación de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas como Representante legal de las víctimas, en espera de una decisión de la Sala sobre su estatus de víctima, o hasta que un Representante legal sea designado. La Sala también adopta esta posición, al tiempo que subraya que la designación de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas es, en este caso, provisional, y no prejuzga cualquier posterior concesión del estatus de víctima por la Sala”⁹¹⁶.

Y otra decisión, esta vez de la SPI I de 5 de abril de 2012, en otro esfuerzo por enumerar las funciones de la OPDV, destaca las responsabilidades que ostenta para defender intereses de las víctimas que no han presentado solicitudes pero pueden beneficiarse de las reparaciones, así como la representación legal de solicitantes de reparación no representados, hasta que se determine su estatus o hasta que la Secretaría nombre uno en su beneficio:

“La Oficina Pública de Defensa de las víctimas puede cumplir una amplia variedad de funciones durante el juicio, incluida la fase de reparaciones. Sin embargo, las funciones de la Oficina deben ser definidas por la Sala a fin de garantizar la sustanciación justa y expedita del procedimiento. Durante el juicio la Oficina representó a víctimas que habían solicitado participar en el procedimiento y ocasionalmente actuó en su nombre hasta que la Secretaría dispuso a un Representante legal. La Secretaría ha informado a la Sala de que de las 85 solicitudes de reparación recibidas hasta el momento, 4 están siendo actualmente representadas por la Oficina y 35 quedan sin representación. Como se expuso anteriormente, la Secretaría recomienda que se nombre a la Oficina como Representante de estos solicitantes y de cualquier otro solicitante adicional. (...)”.

Un inciso en este punto permitirá observar, que, las normas 80 y 81 RC revisten su importancia, pues aunque la Secretaría haya recibido el encargo de desarrollar la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas para que después la Oficina funcione independientemente salvo en lo atinente a los efectos administrativos, las decisiones que estamos examinando aquilatan la dependencia “administrativa”, que, a nuestro entender es más importante de lo que pudiera parecer a primera vista. Así, funcionando como entes distintos, la Secretaría promueve que la Oficina Pública de Defensa de las

⁹¹⁶ Vid. n° ICC-01/04-01/07-933, Sala de Primera Instancia II, 26 de febrero de 2009, párrs. 44-45.

Víctimas represente los intereses de potenciales víctimas, en tanto se estudia su situación. Una vez adquirido el estatus de víctima, la Sala nombra un representante de las víctimas cuando lo demande el interés de la justicia, previa consulta al Secretario. Es decir, que sobre sus hombros recae la triple responsabilidad de estudiar la viabilidad de otorgar el estatuto de la víctima, favorecer la labor de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas y analizar las solicitudes de representación legal de las víctimas, algo que va más allá, sin duda, de esas relaciones administrativas.

La decisión continúa de la siguiente manera:

“En virtud de la subregla 1 de la regla 97 de las Reglas, la Corte puede conceder reparaciones individuales o colectivas. Asimismo, de acuerdo con la subregla 3 de la regla 98 de las Reglas, la Corte podrá disponer que la concesión colectiva de reparación se realice a través del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas. Por consiguiente, las víctimas que puedan beneficiarse de las reparaciones colectivas no habrán tenido que participar necesariamente en el procedimiento, ni en persona ni mediante Representantes legales.

La Sala considera útiles los conocimientos de la Oficina, especialmente para salvaguardar los derechos de aquellos beneficiarios potenciales de una reparación colectiva.

En cualquier circunstancia, la Oficina puede:

- a) Actuar como Representante legal de solicitantes de reparación no representados hasta que se determine su estatus o hasta que la Secretaría disponga a un Representante legal que actúe en su nombre; y
- b) Representar los intereses de las víctimas que no han presentado solicitudes pero que podrían beneficiarse de la reparación colectiva conforme a las reglas 97 y 98 de las Reglas.

Por consiguiente la Sala:

- a) Encarga a la Secretaría que nombre a la Oficina Pública de Defensa de las víctimas como Representante legal de cualquier solicitante no representado y proporcione a la Oficina las solicitudes de reparación que haya recibido hasta el momento, así como las futuras solicitudes de víctimas no representadas; y

b) Encarga a la Oficina Pública de Defensa de las víctimas que realice presentaciones sobre los principios que la Sala deba aplicar con respecto a las reparaciones y al procedimiento que esta deba seguir en nombre de aquellas víctimas que no han presentado solicitudes pero que pudieran estar dentro del alcance de una providencia de reparación colectiva”⁹¹⁷.

Dando un paso más, la CPI reconoce no solo esa función preparatoria de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, sino como representación subsidiaria, confirmando así la ampliación de las labores de asistencia y apoyo:

“En caso de que algunas de las víctimas participantes en la presente causa objeten a ser representadas por el Representante legal común designado por el Secretario, o se muestre un conflicto de intereses por parte del Representante legal común, el magistrado único desea nombrar a la Oficina Pública de Defensa de las víctimas (“la OPDV”) como Representante legal de las víctimas que no estén representadas por el Representante legal común, si es necesario. En cuanto al papel de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, el magistrado único nota que esta oficina se estableció con el propósito principal de prestar asistencia y apoyo a las víctimas y a sus Representantes legales en el procedimiento ante esta Corte, de conformidad con el numeral 4 de la norma 81 del Reglamento, que incluye a) investigaciones y asesoramiento letrado; y b) comparecencia ante una Sala en relación con ciertos asuntos específicos. Además, un abogado de esta Oficina puede actuar como Representante legal de las víctimas, de conformidad con el numeral 2 de la norma 80 del Reglamento. En la presente causa, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas ha sido nombrada por la Sala como Representante legal de aquellas víctimas cuando las víctimas no hayan nombrado un Representante legal. Por lo tanto, el magistrado único desea señalar que la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas había sido nombrada por la Sala sólo en el caso y por el tiempo en que las víctimas no pudieron organizar su representación legal oportuna. El magistrado único encuentra conveniente que en esta etapa del procedimiento, las víctimas que hayan sido reconocidas para participar en la presente causa sean representadas por un abogado de su país, a menos que las víctimas objeten a tal representación legal.

⁹¹⁷ Vid. ICC-01/04-01/06-2858, Sala de Primera Instancia I, 5 de abril de 2012, párrs. 7-13.

En caso de que todas las víctimas participantes en la presente causa acepten ser representadas por un Representante legal común de la República Centroafricana, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas cumplirá su mandato conforme a lo dispuesto en la norma 81 del Reglamento de la Corte. En caso de que una o más víctimas objeten a ser representadas por un abogado de la República Centroafricana, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas seguirá actuando como Representante legal de esas víctimas, además de cumplir con su mandato conforme a la norma 81 del Reglamento”⁹¹⁸.

V. En cuanto a la posibilidad de que la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas comparezca ante una Sala en relación a cuestiones específicas, una decisión de la SPI I, de 6 de marzo de 2008, recoge todos los supuestos requerimientos que puede recibir la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas:

“La Oficina puede comparecer ante la Sala en relación con cuestiones específicas a solicitud de:

- la Sala (esto usualmente está relacionado con cuestiones de importancia general y aplicabilidad);
- una víctima o su Representante, quien solicitó apoyo o asistencia;
- la Oficina, si está representando a una o más víctimas; o
- la Oficina, en razón de una solicitud dirigida a la Sala sobre una cuestión específica, a pesar de que los Representantes de las víctimas o las víctimas

⁹¹⁸ Vid. ICC-01/05-01/08-322, Sala de Cuestiones Preliminares III (magistrado único), 16 de diciembre de 2008, párrs. 12-15. A este respecto, otra decisión, esta vez de ICC-01/04-01/06-1813, Sala de Primera Instancia I, 8 de abril de 2009, párrs. 37-39, afirmó que: La OPDV también puede ser requerida para que presente observaciones en lo tocante a potenciales víctimas indirectas: “Se había pedido a la Oficina presentar observaciones, de conformidad con el apartado b) del numeral 4 de la norma 81 del Reglamento de la Corte. Aunque la Oficina no estaba actuando como Representante legal de ninguno de los solicitantes, se le requirió presentar observaciones a fin de proporcionar apoyo y asistencia a éstos en la cuestión específica de si entran en la categoría de víctimas indirectas. La Sala nota que ni en el Estatuto ni en las Reglas se prevé la participación de la Oficina en el procedimiento. Esta fue establecida por el Reglamento de la Corte con el mandato de prestar apoyo y asistencia a los Representantes legales y a las víctimas, después de la aprobación del Estatuto y las Reglas. A criterio de la Corte, las circunstancias de la creación de la Oficina no debería tener como consecuencia la disminución de los derechos de la Defensa. En estas circunstancias, la Sala determina que cada vez que la Oficina está llevando a cabo las funciones de, o actúe de manera similar a, un Representante legal de las víctimas -no menos importante que proteger al acusado- en el marco del Estatuto de Roma, se entenderá como si se tratara de un Representante legal “ordinario”. De ello se deduce que estas observaciones, a juicio de la Sala, deben ser tratadas como si fueran hechas por un Representante legal en virtud de la subregla 2 de la regla 91 de las Reglas”.

individuales no lo hayan solicitado a la Oficina (esto usualmente está relacionado con cuestiones de importancia general y aplicabilidad)”⁹¹⁹.

Haciendo un análisis comparativo de asociaciones u organizaciones de cualquier signo, procedentes de gobiernos o de la sociedad civil, que apoyan a las víctimas en los campos de asistencia y representación legal, recuperación médica integral así como prevención delictiva, podemos destacar a las siguientes⁹²⁰:

Organización	Tipo	País
Weisse Ring e.V.	Sociedad Civil	Alemania
Organización de los Estados Americanos	Intergubernamental	Internacional
OSCE	Intergubernamental	Internacional
Consejo de Europa	Intergubernamental	Internacional
Fundación Miguel Ángel Blanco	Sociedad Civil	España
ADO (Arbeits-kreis der Opferhill e. V	Sociedad Civil	Alemania
(Radicalisation Awareness Network) - Unión Europea	Intergubernamental	Internacional
Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo	Gubernamental	España
Youth Coalition against Terrorism	Sociedad Civil	Nigeria
Asociación Cristiana de Jóvenes de Colombia	Sociedad Civil	Colombia
Victims of Terrorism Organization	Sociedad Civil	Kenia
Victim Support Finland	Sociedad Civil	Finlandia
Victim Support	Sociedad Civil	Reino Unido
V-Europe	Sociedad Civil	Bélgica

⁹¹⁹ Vid. ICC-01/04-01/06-1211, Sala de Primera Instancia I, 6 de marzo de 2008, párr. 35.

⁹²⁰ Datos extraídos de:

https://www.un.org/victimsofterrorism/es/directory?field_countries_tid=All&field_org_type_tid=All&order=title_field&sort=desc, consultada en fecha 23 de noviembre de 2018.

Uganda Muslim Youth Development Forum	Sociedad Civil	Uganda
Tuesday's Children	Sociedad Civil	Estados Unidos
Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas	Gubernamental	Colombia
NKVTs	Gubernamental	Noruega
REDEPAZ	Sociedad Civil	Colombia
Centro de Memoria Histórica	Gubernamental	Colombia
Strenght to Strenght	Sociedad Civil	Estados Unidos
Comisión de Conciliación Nacional	Sociedad Civil	Colombia
MOJ	Gubernamental	Reino Unido
Iraqi Al-Amal Association	Sociedad Civil	Irak
Foundation for Peace	Sociedad Civil	Reino Unido
FENVAC	Sociedad Civil	Francia
Autoridad de Compensación por Lesiones Criminales	Gubernamental	Reino Unido
CRVC	Sociedad Civil	Canadá
CNDSF	Sociedad Civil	Canadá
Canadian Coalition Against Terror	Sociedad Civil	Canadá
Association Libanaise des Victimes du Terrorisme	Sociedad Civil	Líbano
Association IMAD pour la jeunesse et la paix	Sociedad Civil	Francia
Association française des Victimes du Terrorisme	Sociedad Civil	Francia
Fundación Arcángeles	Sociedad Civil	Colombia
Fundación Semana	Sociedad Civil	Colombia

El examen de sus fines permite constatar la novedad de que supone la labor de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, porque entendemos que encarna un respaldo decidido por parte de la CPI a la víctima en un campo en el que las organizaciones no gubernamentales estarían sin lugar a dudas desbordadas. En este sentido creemos que la CPI, integrando y coordinando a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas junto con la Dependencia de Víctimas y Testigos así como la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas, ha sabido proyectar adecuadamente el papel que tradicionalmente ha desempeñado tanto la sociedad civil como la gubernamental.

VI. Finalmente, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas está habilitada para participar en las actuaciones de reparación, en coordinación con otros entes, algunos ya analizados, en beneficio de las víctimas. Así, la SPI I ha destacado que:

“La Sala por lo tanto hace suya la propuesta de la Secretaría de que se debería contar con un equipo de peritos en lugar de con un solo perito. El equipo debería incluir a representantes de la República Democrática del Congo, representantes internacionales y especialistas en asuntos relativos a los niños y de género. La Sala acepta la sugerencia del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas de que debería haber una fase consultiva preliminar que incluya a las víctimas y a las comunidades afectadas, que debe ser llevada a cabo por el equipo de peritos con el apoyo de la Secretaría, la Oficina Pública de Defensa de las víctimas y socios locales. Esta labor debe realizarse con la cooperación y asistencia de los funcionarios pertinentes de la CPI. (...) La Sala hace suyo el plan de aplicación en cinco etapas sugerido por el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas, que ha de ejecutarse en colaboración con la Secretaría, la Oficina Pública de Defensa de las víctimas y los peritos. En primer lugar, el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas, la Secretaría, la Oficina Pública de Defensa de las víctimas y los peritos deberían establecer qué localidades han de incluirse en el proceso de reparación de la presente causa (centrándose particularmente en los lugares mencionados en el fallo y especialmente donde se cometieron los crímenes). Aunque la Sala se refirió en la decisión relativa al artículo 74 a varias localidades concretas, el programa de reparaciones no está limitado a las que

fueron mencionadas. En segundo lugar, debería realizarse un proceso de consulta en las localidades identificadas. En tercer lugar, el equipo de peritos debería llevar a cabo una evaluación del daño durante dicha fase de consulta. En cuarto lugar, se deberían celebrar debates públicos en cada localidad a fin de explicar los principios y procedimientos de reparación y abordar las expectativas de las víctimas. La última etapa es la recogida de propuestas para las reparaciones colectivas que se desarrollarán en cada localidad, las cuales deben ser luego presentadas a la Sala para su aprobación. La Sala está de acuerdo en que la evaluación del daño ha de ser llevada a cabo por el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas durante una fase de consulta en diferentes localidades. Además, la Sala está convencida de que, en las circunstancias de esta causa, la identificación de las víctimas y los beneficiarios (normas 60 a 65 del Reglamento del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas) debería ser realizada por el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas. (...) Como se indicó arriba, el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas propone que un equipo de peritos interdisciplinarios evalúe el daño sufrido por las víctimas en diferentes localidades con el apoyo de la Secretaría, la Oficina Pública de Defensa de las víctimas y socios locales. El Fondo indica que ya ha utilizado esta estrategia en proyectos bajo su mandato de asistencia. (...) Los recursos financieros disponibles son muy limitados en este caso y debería garantizarse que estos se emplean en la mayor medida posible en beneficio de las víctimas y de otros beneficiarios. La Sala considera que son esenciales la coordinación y la cooperación entre la Secretaría, la Oficina Pública de Defensa de las víctimas y el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas a la hora de determinar las reparaciones que deben ser otorgadas y de aplicar el plan son esenciales”⁹²¹.

Más allá de los cometidos asignados a la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas -examinados a la luz de las decisiones de la CPI- , estimamos que, en la práctica, la principal función de la Oficina consiste en dar cauce a lo establecido en la subregla 2 de la regla 90 RPP⁹²² en estrecha coordinación con la Secretaría, pues además de prestar

⁹²¹ Vid. ICC-01/04-01/06-2904, Sala de Primera Instancia I, 7 de agosto de 2012, párrs. 264, 281-283, 285 y 288.

⁹²² Establece que: “Cuando haya más de una víctima, la Sala, a fin de asegurar la eficacia del procedimiento, podrá pedir a todas o a ciertos grupos de ellas, de ser necesario con la asistencia de la Secretaría, que nombren uno o más representantes comunes. La Secretaría, para facilitar la coordinación

apoyo y asistencia a las víctimas y a sus representantes legales para facilitar el ejercicio de derechos ante la CPI, tiene una responsabilidad considerable a la hora de velar por una adecuada representación común de las víctimas en todos aquellos supuestos en los que, por el elevado número de víctimas, sea necesario que todas ellas ejerzan sus derechos a través del mismo representante legal. Así pues, teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos que juzga la CPI en donde el número de víctimas es tan elevado, la coordinación indicada se presenta como esencial, pues sin esta quedaría entredicho la integridad y agilidad del procedimiento.

de la representación legal de las víctimas, podrá prestar asistencia y, entre otras cosas, remitir a las víctimas a una lista de abogados, que ella misma llevará, o sugerir uno o más representantes comunes”.

4.5.- El Fondo Fiduciario para las Víctimas

I. El Fondo Fiduciario para las Víctimas es un órgano cuya misión ya ha sido adelantada con ocasión de la justicia reparadora en relación a la víctima. Su constitución guarda fundamento legal en el art. 79 ER:

“1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario.

3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes”.

Esta decisión de la Asamblea de los Estados Partes ha sido clave para articular el aspecto reparativo y reforzar así la idea de un tribunal eficaz, principalmente constituyendo a la víctima en activo participante del proceso de reparación y conciliación.

La Resolución ICC-ASP/1/Res. 6 aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria⁹²³, celebrada el 9 de septiembre de 2002 dice así:

“La Asamblea de los Estados Partes,

Teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 1 del artículo 79 del Estatuto de Roma,

1. Decide crear un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familias;

2. Decide también que el Fondo Fiduciario se financiará mediante:

a) Las contribuciones voluntarias efectuadas por gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios pertinentes aprobados por la Asamblea de los Estados Partes;

⁹²³ Vid. http://iccnow.org/documents/FIDH_CreacionFondoBeneficio_02sep09_sp.pdf , consultada en fecha 24 de octubre de 2017.

b) El producto de las multas o decomisos cuyo importe la Corte haya ordenado que se gire al Fondo Fiduciario con arreglo al párrafo 2 del artículo 79 del Estatuto;

c) El producto de las indemnizaciones ordenadas por la Corte con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba;

d) Los recursos financieros, distintos de las cuotas, que la Asamblea de los Estados Partes pueda asignar al Fondo Fiduciario.

3. Decide además pedir al Consejo de Dirección establecido de conformidad con el anexo de la presente resolución que elabore sugerencias referentes a otros criterios relativos a la gestión del Fondo Fiduciario para someterlos lo antes posible a examen y aprobación de la Asamblea de los Estados Partes;

4. Aprueba el anexo de la presente resolución relativo a la gestión del Fondo Fiduciario”.

II. Organizado en septiembre de 2002, el Fondo Fiduciario para las Víctimas es administrado por la Secretaría y controlado por los denominados Representantes de Alto Prestigio del Consejo de Dirección, cuya primera reunión se celebró en abril de 2004. En él estaban representados los cinco grupos regionales de la ONU: La reina Rania de Jordania (Asia), el arzobispo Desmond Tutu (África)⁹²⁴, el ex presidente de Costa Rica Óscar Arias Sánchez (Hispanoamérica), Simone Veil (Europa occidental y otros Estados)⁹²⁵ y el ex primer ministro de Polonia Tadeusz Mazowiec⁹²⁶. Estos cinco primeros representantes del Consejo de Dirección fueron elegidos el 12 de septiembre de 2003, momento en el que pasaron a tener a su cargo el desembolso de fondos para las víctimas por un periodo de 3 años, al objeto de desarrollar la estructura y los criterios de administración efectiva del Fondo Fiduciario para las Víctimas⁹²⁷.

⁹²⁴ Ex presidente de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica.

⁹²⁵ Ex presidenta del Parlamento Europeo.

⁹²⁶ Vid. http://iccnow.org/documents/CICC_PR22April2004_sp.pdf , consultado en fecha 24 de abril de 2017.

⁹²⁷ Vid. http://icc.now.org/documents/CICC_PR12Sept2003sp.pdf , consultado en fecha 24 de octubre de 2017.

III. Por otra parte, resulta de obligado cumplimiento la mención a la regla 98 RPP, pues en ella se plasman las fuentes de financiación del Fondo Fiduciario para las Víctimas. Estas pueden provenir de 2 grupos, que son, por un lado, las multas, decomisos y órdenes de reparaciones en contra de los condenados, y por otro, las contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales e individuos:

“1. Las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado.

2. La Corte podrá decretar que se deposite en el Fondo Fiduciario el monto de una orden de reparación dictada contra un condenado si, al momento de dictarla, resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima. El monto de la reparación depositado en el Fondo Fiduciario estará separado de otros recursos de éste y será entregado a cada víctima tan pronto como sea posible.

3. La Corte podrá decretar que el condenado pague el monto de la reparación por conducto del Fondo Fiduciario cuando el número de las víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo.

4. La Corte, previa consulta con los Estados interesados y con el Fondo Fiduciario, podrá decretar que el monto de una reparación sea pagado por conducto del Fondo Fiduciario a una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.

5. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 79, se podrán utilizar otros recursos del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas”.

Amnistía Internacional propuso -de manera previa a la constitución del Fondo Fiduciario para las Víctimas -, en un valioso documento titulado “Garantizar un Fondo Fiduciario eficaz para las víctimas”⁹²⁸, unas miras altas, que bien parecen haber sido tenidas en cuenta. Concretamente, hizo hincapié en la necesidad de ampliar el beneficio de las reparaciones no sólo a las víctimas de crímenes competencia de la CPI, sino

⁹²⁸ Vid. el documento AI 40/005/2001/s de septiembre de 2001, disponible en http://iccnow.org/documents/AI_fondofidu.pdf, consultado en fecha 24 de octubre de 2017.

también a sus familiares⁹²⁹, haciendo un extenso desarrollo de los principios van Boven. También ha dejado sentir su influencia en la configuración progresiva, un documento de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas que lleva por rúbrica “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”⁹³⁰. En este documento se destaca que: “una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyen violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario. Cuando se determine que una persona natural o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima”⁹³¹.

IV.- El plan estratégico del Fondo Fiduciario para las Víctimas para el 2014-2017⁹³² destaca el incremento de recursos -principalmente a través de donantes particulares-, pasando de manejar un presupuesto de 4 millones de euros en 2009 a algo más de 10 millones de euros en 2010⁹³³, incrementándose también el número de Estados contribuyentes. Como puntos fuertes desarrollados hasta ese momento pueden destacarse los siguientes: 1) la situación de la víctima como centro de la administración de justicia; 2) una percepción del Fondo Fiduciario para las Víctimas de órgano relativamente eficiente; y 3) la constitución de un equipo humano profesional, comprometido y dinámico.

⁹²⁹ Vid. “Garantizar un Fondo Fiduciario eficaz para las víctimas”, op. cit., pág. 13.

⁹³⁰ Vid. Comisión de Derechos Humanos de NU, res. 2005/35, aprobada el 19 de abril con 40 votos a favor, ninguno en contra y 13 abstenciones. Disponible en http://iccnow.org/documents/E-CN_4-RES-2005-35.pdf, consultado en fecha 25 de octubre de 2017.

⁹³¹ Vid. Res. 2005/35, op. cit., pág. 8.

⁹³² Vid. TFV Strategic Plan 2014-2017, en: <http://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/1408%20TFV%20Strategic%20Plan%202014-2017%20Final%20ENG.pdf>, consultado en fecha 25 de octubre de 2017.

⁹³³ Vid. TFV Strategic Plan 2014-2017, op. cit., pág. 10.

Como debilidades, cabe señalar: 1) la falta de un procedimiento de comunicación interna entre los integrantes del Fondo Fiduciario para las Víctimas, lo que ha propiciado en ocasiones una falta de coordinación en el trabajo; 2) una falta de expansión geográfica en los casos acorde con el incremento de fondos experimentado; y 3) una falta de claridad entre cometidos y responsabilidades que ha derivado en la falta de acometimiento de tareas necesarias⁹³⁴.

Las amenazas que se prevén son: 1) la falta de capacidad institucional y técnica para asegurar determinado tipo de asistencia a las víctimas; y 2) algunas decisiones judiciales que causan indirectamente un daño a las víctimas y sus comunidades, dificultando así la función del Fondo Fiduciario para las Víctimas. También, dada la experiencia adquirida hasta el momento, se menciona el impacto que algunas decisiones judiciales pueden tener en el mandato del Fondo Fiduciario para las Víctimas.

En este sentido creemos que podría ser conveniente someter al Fondo Fiduciario para las Víctimas –nexo capital que refleja en buena medida la eficacia de la CPI- a un proceso de auditoría en un doble sentido, por parte de un ente de composición mixta. Concretamente formado por integrantes del Fondo Fiduciario para las Víctimas e interventores de Estados Parte, con el objeto de hacer un seguimiento del dinero cuya finalidad es materializar el mandato del art. 79 ER. Los informes resultantes del seguimiento aportarían datos valiosos a los Representantes de Alto Prestigio del Consejo de Dirección, en cuyos hombros recae la responsabilidad de gestionar el Fondo Fiduciario para las Víctimas cumplimentando los mandatos de las resoluciones judiciales, y sobre todo, apoyaría la legitimación de la CPI. El límite temporal de tres años unido a la falta de comunicación interna, falta de coordinación esporádica en el trabajo, claridad, cometidos y responsabilidades –todo ello de acuerdo con las conclusiones del Plan Estratégico 2014-2017- impone incrementar esfuerzos en la compleja tarea de acercar a las víctimas a los objetivos de la CPI.

⁹³⁴ Vid. TFCV Strategic Plan 2014-2017, op. cit., pág. 11.

4.6.- Valoración crítica

En relación a los órganos que acabamos de examinar, podemos extraer las siguientes consideraciones:

1) Enfoque multidisciplinar amplio. Aspectos positivos y negativos.

El entrelazamiento entre las actuaciones de la Dependencia de Víctimas y Testigos, la Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas y el Fondo Fiduciario para las Víctimas, si bien tiene un enfoque positivamente amplio, presenta una coordinación deficiente. Esto quiere decir que las metas son novedosas en cuanto que buscan no solo cumplimentar aspectos procesales de protección de testigos o víctimas, sino que también son proactivas a la hora de favorecer la mayor participación posible en el proceso, ayudando no solo de manera efectiva en la defensa –en su caso- y en las distintas relaciones con la CPI, sino que también se ofrecen alternativas dirigidas al restablecimiento de la estabilidad social y apoyo de diversa índole a la víctima y comunidad en la que se desenvuelve –enfoque amplio-.

En contrapartida a esta visión innovadora, la autonomía de los entes descritos y la falta y la reciente práctica de estos apoyos promueve una descoordinación que, en algunos supuestos, propicia la inmaterialización de las metas marcadas, no tanto en el campo de los auxilios procesales sino de las ayudas anunciadas, rebajando así las expectativas formadas por la víctima. De esta manera, representación en la CPI y relaciones con la misma parecen suficientemente enfocadas, no así otro tipo de ayudas, principalmente anunciadas por el DVT, referentes a servicios tales como apoyo educativo o médico. Además, la falta de rodaje unida al incremento de fondos -como es el caso del FFV-, ha promovido una descoordinación que favorece el desperdicio de recursos.

Todo esto nos lleva a afirmar que se ha creado un sistema integral de protección de la víctima que atiende a las necesidades más variadas lo que, desde un punto de vista estrictamente procesal, puede ser positivo en muchas ocasiones, pero en otras –las menos- podría resultar contraproducente o frustrante. Contraproducente, porque hay decisiones de la CPI que chocan frontalmente con unos entes auxiliares; y frustrante, porque pueden deshacerse expectativas fomentadas principalmente por los entes

auxiliares, lo que, en alguien que ha sufrido un delito competencia de la CPI, podría fomentar la desconfianza en el sistema de Derecho Penal Internacional que tanto ha costado construir.

2) ¿Se dan los presupuestos necesarios para afirmar que nos encontramos ante una protección procesal efectiva?

Las reglas 17, 87 y 88 RPP han sentado las bases para que la protección sea adecuada. Ello incluye la posibilidad por la cual la víctima, un testigo, o la propia CPI de oficio, accionen un mecanismo que preserva ciertos datos de potenciales agresores. Sin embargo, esta pregunta ha de ser abordada desde una doble perspectiva: protección para facilitar el acceso (fomento de la participación) y acompañamiento y asesoramiento durante el desarrollo del proceso (fomento de una administración de justicia efectiva basada en la asignación de unos recursos por parte de quien carece de medios para litigar). Constituyen, así pues, dos pilares mediante los cuales la CPI puede alcanzar sus fines y medir su nivel de efectividad.

El fomento de la participación se afronta a través de un sistema de enfoque “cartesiano” que va de lo general a lo particular. Así, en un primer estadio, la Dependencia de Víctimas y Testigos y la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas dedicarían sus esfuerzos a buscar potenciales víctimas, acercar la CPI a estas incidiendo en las expectativas del eventual proceso y a garantizar su protección en caso de participación. Se examina en este primer estadio quién reúne las características de víctima exigidas por el art. 85 ER. En este punto, se echa en falta un estudio –apenas hemos encontrado datos-, sobre la correlación el número de potenciales víctimas de un conflicto, el número de personas que han entrado en contacto con la Dependencia de Víctimas y Testigos y la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas, las que han participado en el proceso y las que han sido resarcidas. En cualquier caso, parece acertado distinguir entre un ente que se aspira como principal objetivo a buscar víctimas de los delitos competencia de la CPI y establecer las primeras relaciones (Sección para la Participación y Representación de las Víctimas), y otro que garantiza un desarrollo normal de la participación una vez se ha constatado que se reúnen los requisitos exigidos (Dependencia de Víctimas y Testigos).

El segundo estadio, con una clara vocación de coadyuvar el proceso, viene representado por la Oficina Pública para la Defensa de las Víctimas y el Fondo Fiduciario para las Víctimas. La abundante jurisprudencia citada manifiesta la capital importancia de la Oficina Pública para la Defensa de las Víctimas; función que se perfecciona si ha existido buena coordinación con la Dependencia de Víctimas y Testigos y la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas. El entendimiento por parte de la víctima de los distintos pasos procesales, la representación legal y la defensa de los derechos de las víctimas o la promoción activa del procedimiento coadyuvan sin duda alguna al buen funcionamiento del proceso. Fomentar la participación de las víctimas, para después no tener una oficina que coordinase la representación legal, sería algo contradictorio. Es, por otra parte, frecuente, que en los Estados existan las comisiones de asistencia jurídica gratuita que velen porque se respete el derecho a la asistencia jurídica gratuita y orienten, de alguna forma, a quienes participan en el proceso.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El proceso contra Peter von Hagenbach en 1474 constituye el primer proceso documentado en que el cumplimiento de órdenes manifiestamente contrarias a la ley natural no opera como eximente de responsabilidad penal. Esta idea, desarrollada primeramente en Breisach en 1474, es capital en épocas posteriores, pues tuvo gran influencia en los juicios de Núremberg. Por lo tanto, encontramos en el juicio de Breisach un argumento sólido de la doctrina iusnaturalista, con la consiguiente autonomía de la ley natural. Con el auge de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y la Escuela Histórica del Derecho –que considera las tradiciones históricas y el Derecho consuetudinario como fuentes del sistema jurídico-, esta doctrina parecía superada, lo que ha sido desmentido tras los regímenes totalitarios que provocaron la Segunda Guerra Mundial. Además, el de Breisach se erige en el protoproceso de crímenes contra la humanidad, por enjuiciar un atentado contra la población civil en el marco de un ataque generalizado y con conocimiento de dicho ataque.

SEGUNDA.- En el marco de las propuestas de Gustave Moynier surge la idea de jurisdicción exclusiva. Esta idea de creación de un foro específico *ratione materiae* –Convenio de Ginebra y los delitos que vendrían recogidos en un tratado aparte, según la idea del jurista ginebrino-, sugiere entre otras cuestiones que estamos ante una propuesta que sería precursora en materia de cooperación internacional en el ámbito judicial. La eficacia y resonancia que, a raíz de esta idea, han tenido y tienen los tribunales *ad hoc*, no sólo actúan como freno para evitar futuros delitos en el plano internacional, sino que también han permitido castigar delitos que son la base del Derecho Internacional Humanitario, y que en un plano estrictamente nacional no habrían sido castigados, o cuyo fallo hubiese estado contaminado por un eventual revanchismo por parte de la facción vencedora.

En este sentido, no hemos encontrado ejemplos históricos que muestren procesos con las debidas garantías por infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario desde una perspectiva nacional. Aunque hoy en día los delitos contra la comunidad internacional están presentes en numerosos códigos penales, el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario no se entiende si no es a la luz de unos bienes jurídicos

compartidos, así como un foro internacional que se dedique de manera exclusiva al conocimiento de este tipo de delitos. Ello se debe a las guerras ya no son concebidas como una mera colisión de intereses entre naciones, sino que afectan a toda la comunidad internacional.

TERCERA.- Con el Tribunal Militar de Núremberg y Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, la comunidad internacional tomó conciencia de la necesidad de actuación conjunta en relación al Derecho Penal Internacional. La comisión a gran escala de crímenes contra la paz (*ius ad bellum*), de crímenes de guerra (*ius in bello*) y crímenes contra la humanidad –que constituirán posteriormente el núcleo de los crímenes competencia de la Corte-, puso de relieve la obligatoriedad de involucrar a la comunidad internacional y dotarla de mecanismos jurídicos que permitieran que aquellos no quedaran impunes. Esto dio lugar a la aparición de una normativa de carácter internacional –como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio de 1948 o los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949- dirigida proteger a militares y civiles en futuros conflictos.

Además, empieza a cobrar fuerza el principio de jurisdicción universal. Como consecuencia de la traumática experiencia a la que anteriormente se ha hecho alusión, surge, con la instauración de ambos tribunales, la voluntad de juzgar unos crímenes en los que, la titularidad del bien jurídico protegido es la comunidad internacional, y la idea de atribuir a otras instancias ajenas a las estatales para conocer de ellos. Es decir, comienza por primera vez a asentarse la idea de que una instancia ajena a la soberanía del propio Estado sea competente para juzgar, articulándose como un derecho reconocido por las naciones. El delincuente trascendería de este modo el ordenamiento jurídico de su país y la responsabilidad de sus tribunales.

Por otra parte, tanto los juicios de Núremberg como los del Lejano Oriente, suponen una herencia valiosa, pues detrás de una instancia estatal, como hemos visto, siempre hay una persona o grupo de personas que toma decisiones y a las que se puede atribuir responsabilidad. Otro enfoque supondría una imposibilidad para castigar esos actos, y este es precisamente un punto de partida para la construcción de la teoría de la subjetividad internacional del individuo, donde el individuo no es sólo sujeto pasivo en la violación de un derecho que puede posteriormente reclamar, sino también alguien

frente a quien se puede imputar una responsabilidad como sujeto activo. En el marco de estos procesos quedan acotados asuntos tales como la “obediencia debida” y las “órdenes superiores”, constituyendo campos en los que, sin lugar a dudas, se puede responder individualmente. Así las cosas, si realmente ha existido la libertad de elección, no se puede amparar el infractor en la orden del superior. Por lo tanto, Jefes de Estado, oficiales, sanitarios, industriales, etc. pueden ser sujetos activos sin que pueda diluirse su responsabilidad individual en una entidad de categoría superior no punible.

Además, los procesos contribuyen a la cristalización de los derechos humanos. El documento conocido como Declaración Universal de los Derechos Humanos, que es clave al recoger una serie de derechos inherentes a la condición del ser humano –que son lógicamente preexistentes al documento, pero que éste contribuye a proteger mediante su positivización -, fue impulsado en parte por todos estos procesos. De esta manera, la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, forma parte de la nueva corriente normativa posbélica que trata de dar respuesta a las experiencias delictivas que los procesos *ad hoc* tratan de castigar.

CUARTA.- El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda reflejan una mayor integración de la comunidad internacional. A deferencia de los ejemplos históricos de Núremberg y Tokio, no constituyen exclusivamente tribunales integrados por unos vencedores que juzgan a los vencidos, sino que es la comunidad internacional, representada por una gran variedad de países, la que participa en los procesos. El actual Presidente del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia es CARMEL AGIUS (originario de la República de Malta), quien ha sido precedido por otros cinco de distintas nacionalidades. Además existe –en contraposición al Tribunal Militar del Núremberg y Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente- un desarrollado cuerpo normativo que clarifica los tipos penales y los bienes jurídicos protegidos en caso de conflicto armado (tanto de carácter internacional como no internacional), recogido principalmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977, y el Convenio para la Prevención y la Sanción del Genocidio. Por otra parte se avanza en el ámbito de las garantías, ya que, si bien en Núremberg y Tokio las garantías de los acusados más básicas estaban previstas, con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda se ha producido un claro desarrollo en el que tienen encaje todos los derechos, incluido el derecho a no declarar, que no estaba previsto anteriormente. Las numerosas modificaciones han permitido cubrir todas las vicisitudes del amplio espectro de garantías procesales.

Pero por encima de estas razones, se deja el camino expedito para la creación de un tribunal penal internacional permanente. Si bien el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda han ido transfiriendo sus competencias al Mecanismo para los Tribunales Penales Internacionales –manteniendo no obstante su actividad- su ejercicio de jurisdicción ha servido sin duda para demostrar la necesidad de establecer un tribunal penal internacional de carácter permanente. La conflictividad armada, lejos de menguar, ha ido creciendo. El genocidio y los crímenes de guerra no son actos de siglos pasados, sino de plena actualidad.

Dichos tribunales también contribuyeron al asentamiento del concepto de la responsabilidad de proteger, ya que con la perpetración de los dos genocidios expuestos, se ha desarrollado la doctrina de que es primeramente el Estado quien debe preservar a sus habitantes del genocidio, limpieza étnica y crímenes de guerra. Si el Estado en cuestión no cumple con este deber, la comunidad internacional interviene. Así pues, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda han preparado el terreno con su buen hacer para concienciar a la comunidad internacional de la viabilidad de crear un órgano jurisdiccional permanente.

QUINTA.- Puede afirmarse que la existencia de un tribunal penal internacional de carácter está siendo efectiva. El hecho de haber creado una estructura supraestatal que juzga unos crímenes que revisten especial gravedad exige una permanencia en el tiempo que está desposeyendo de razón a los argumentos cortoplacistas de sus detractores. Su labor se reafirmará en el tiempo a la luz del incremento de violencia que ha sido expuesto, ejercida tanto por actores armados estatales como no estatales. Ha quedado constatado, asimismo, que el principio de complementariedad y no injerencia que inspiran a la Corte Penal Internacional han sido claves en su asentamiento. Puede concluirse, además, que está asumiendo un efectivo control de los despliegues de fuerzas militares con fines humanitarios en muchos casos, y, que, ante el arraigo de la responsabilidad de proteger, continuará haciéndolo en el futuro.

SEXTA.- La Corte Penal Internacional reviste el ropaje jurídico adecuado, ya que tanto su independencia, como su simultánea colaboración con la ONU, permite que se haya desarrollado como un ente internacional solvente, al estar además dotada de las herramientas jurídicas adecuadas para el cumplimiento de sus fines. No obstante, han de mejorarse sus relaciones *ad intra*, esto es, entre los órganos propios de la Corte, así como la cooperación entre el tribunal y los Estados, en aras de una mayor eficacia. Además, debe ganar en legitimidad, y es precisamente la complementariedad respecto a las jurisdicciones nacionales el elemento sobre el que debe construirse esa mayor legitimidad. Para ello, es importante que el número de investigaciones, su impulso procesal, y los medios atribuidos al órgano judicial sea proporcional.

SÉPTIMA.- Los crímenes competencia de la Corte constituyen el punto inicial de un recorrido que no ha de detenerse. Con esto no se quiere indicar que se incluya un mayor número de delitos en el elenco del art. 5 ER –que consideramos adecuado–, sino que se otorgue un mayor alcance protector de su contenido en relación a la población que está bajo su tutela (ámbito geográfico). En este sentido, el Estatuto adoptó una estrategia realista para que un proyecto de esta magnitud comenzara a rodar; de ahí que se optara por incluir supuestos propios de la costumbre internacional. Ahora bien, una vez cumplimentado este primer estadio, ha de diseñarse una nueva estrategia tendente a una mayor ratificación del Estatuto de Roma, principalmente entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que aún dan muestras de recelo hacia él, e incluso lo rechazan frontalmente. Para ello, resulta fundamental un afianzamiento del carácter complementario de la Corte en sus relaciones con los Estados, y una transparencia, que va más allá del presupuesto económico, principalmente en el inicio de los procedimientos, puesto que es el momento en el que se hace más patente la fragilidad de un Estado, y donde, consecuentemente, más comprometida se ve la finalidad de la Corte al recibir ataques sobre la politización de su actuación.

OCTAVA.- Al dejarse la acción penal en manos de la Fiscalía, se constata una visión eminentemente pragmática del sistema. A nuestro entender, esto entronca directamente con el objetivo primordial de la Corte, que no es otro que la búsqueda de la justicia y estabilidad en el marco de la seguridad internacional. Por esta razón, además del

desarrollo dispar entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no debe –a nuestro juicio- medirse la eficacia de la Corte con los mismos parámetros que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o el órgano judicial supremo de cualquier país occidental, que es precisamente el enfoque que se está dando en la actualidad desde muchos ámbitos. La cualidad de velar por la estabilidad internacional y la aplicación de estas dos ramas del Derecho Internacional imprime, pues, un carácter que distingue a la Corte de otro tipo de tribunales.

NOVENA.- La tensión existente entre los ejes seguridad internacional-interés de la justicia y principio de legalidad-principio de oportunidad, apenas dejan margen para reformas de calado del Estatuto de Roma o de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por tanto, estimamos que las mejoras procesales del estatuto de la víctima no pasan por el reconocimiento de la legitimación activa de la víctima, sino en el esfuerzo del principio de la tutela judicial efectiva. En este sentido, puede mejorarse la legitimación mediada de la víctima mediante la articulación de un recurso que faculte a estas a impugnar las decisiones de la Fiscalía cuando haya un traslado de la *notitia criminis*. Ello requeriría cambiar la dicción del art. 15.6 ER y la regla 49 RPP, o la introducción de un nuevo artículo y regla. Implicaría, por tanto, la posibilidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares examinase la pertinencia de la actuación de la Fiscalía en las diligencias de comprobación previstas en el art. 15.2 ER en relación con el art. 93.1 ER. Asimismo, dado que las comprobaciones de la Fiscalía podrían implicar cooperación con los Estados para dilucidar aspectos relevantes de la *notitia criminis*, se constata la ausencia de un mecanismo articulado ajeno a la Fiscalía, por el que se condenase una posible falta de cooperación, importante para abrir una investigación.

DÉCIMA.- Si bien la situación de la víctima ha mejorado enormemente, en aras de la tutela judicial efectiva, puede concluirse que existe cierto margen de mejora en el ámbito de intereses de la víctima, en todos los eventuales supuestos en los que una decisión de la Fiscalía se desentienda o perjudique sus intereses, en el marco del inicio de una investigación. Concretamente se ha propuesto en el presente trabajo la posibilidad de que las víctimas puedan intervenir en el proceso de revisión del art. 53.3 a) ER, en similares condiciones a las previstas para el Consejo de Seguridad o un Estado

Parte, cuando la desestimación de activación no se fundamenta de manera exclusiva en razones de oportunidad. De ahí la posibilidad de incluir a las víctimas en la subregla 4 de la regla 107 RPP, junto con el Consejo de Seguridad y los Estados Parte.

UNDÉCIMA.- En línea con lo reseñado en la conclusión precedente, se ha estimado ventajosa la posibilidad de incluir en la subregla 2 de la regla 109 RPP, la habilitación a las víctimas de situación para poder presentar observaciones en el caso de que la Fiscalía decida no abrir una investigación por razones de oportunidad. Esta propuesta no constituye una atribución velada la legitimación activa a la víctima, sino de perfeccionar la activación del mecanismo de la Corte cuando las víctimas trasladan la *notitia criminis* a la Fiscalía, y esta estima oportuno no iniciar el mecanismo de activación de jurisdicción. La posibilidad de involucrar a la Sala de Cuestiones Preliminares en este ámbito, no buscaría de ningún modo atentar contra la independencia, objetividad o imparcialidad de la Fiscalía, sino de proteger el sistema con algo más que la presentación de ulteriores pruebas, a través de una tutela judicial efectiva. Tampoco tiene sentido, dentro de la lógica establecida en el Estatuto de Roma y desde una perspectiva no ceñida a las víctimas, que un Estado Parte interesado no pueda oponerse a la pretensión de activación por parte del Consejo de Seguridad, y sí reconocer en cambio, la posibilidad de intervención de las víctimas. Un reconocimiento en este aspecto a los Estados Parte, sería sin duda de utilidad también.

DUODÉCIMA.- Se estima oportuna la inclusión de un trámite de audiencia a las víctimas, reflejando tal posibilidad en la regla 50 RPP o en uno redactado al efecto, al objeto de reforzar su posición en la activación a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad. La regla 50 RPP regula ese trámite cuando la activación se produce a instancia de parte de la Fiscalía, pero cuando se produce a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad, no existe tal posibilidad. Las ventajas de que se contemple dicho trámite de audiencia, vienen del ejercicio de la ponderación que habrá de realizarse entre la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y el interés general de la justicia previsto en el art. 53.1 c) ER. Aunque podría objetarse la ausencia de necesidad de tal trámite por ser un Estado Parte o el Consejo de Seguridad quien de alguna forma ha tomado en consideración las circunstancias de las víctimas, no deja de

ser coherente que el órgano que materializa la activación del mecanismo compruebe en primera persona el grado de afectación para constatar así la gravedad de un crimen competencia de la Corte, y el interés de la justicia. Supone por tanto un refuerzo en el ámbito de los prolegómenos procesales en los que no se altera el consenso alcanzado, pero se refuerza la posición de la víctima, aparejando su estatus al de la fase de investigación.

DECIMOTERCERA.- Se ha verificado que el estatuto de la víctima en el juicio oral es versátil. La distinción que realiza la Corte entre víctimas anónimas y no anónimas, y las posibilidades procesales que ofrece a estas en función del encuadre reseñado, parece una característica acertada para la consecución de un juicio justo e imparcial. Aunque es cierto que esta participación está sujeta al acceso a la información (nexo para poder demostrar el daño causado y el impacto en los intereses personales), el marco general es que quien tenga reconocida la condición de víctima puede acceder a los documentos públicos que constan en el expediente (no así a los considerados *ex parte* ni, en principio, a los confidenciales); lo que se considera adecuado. Se ha constatado que se garantizan otros mínimos, pues a quien tiene reconocida esta condición, se le faculta para revisar el resumen de los elementos de prueba de la acusación, así como la necesidad de que la Fiscalía comunique a los representantes legales de las víctimas los documentos solicitados por escrito, que vayan a ser examinados en el juicio y sean relevantes para sus intereses personales, tal y como se deduce de la jurisprudencia examinada. También se notifica en tiempo y forma la celebración de las audiencias públicas, y en su caso, las que se celebren a puerta cerrada para que puedan participar, lo que implica la eventual presentación de alegatos iniciales y finales o la posibilidad de presentar opiniones y observaciones a través de los representantes legales, extremos todos aplaudidos por la doctrina, y que se han considerado imprescindibles en el presente trabajo.

DECIMOCUARTA.- Entendemos que la jurisprudencia ha realizado una positiva labor en la esfera de la práctica de prueba. Si bien los arts. 64.6 d), 66.2 y 69.3 ER establecen que son las partes quienes tienen derecho a presentar las pruebas, han sido las Salas de Primera Instancia quienes han manifestado que la víctima no es ajena a la presentación

de las mismas. Esta posibilidad ha sido confirmada por la Sala de Apelaciones. Negar esta posibilidad hubiese sido, a nuestro juicio, un dislate jurídico que hubiese socavado la confianza en la Corte. La Sala de Apelaciones entiende que el art. 69.3 ER faculta a la Corte a solicitar las pruebas necesarias para conocer la verdad, por lo que la Sala de Primera Instancia puede autorizar a las víctimas a que presenten pruebas, posibilidad que según dicha Sala permite que la participación de las víctimas sea significativa y se haga efectivo el espíritu y la intención del art. 68.3 ER.

Trascendiendo el ámbito de la víctima, pero igualmente dentro de la práctica de prueba, han surgido interrogantes acerca del correcto desarrollo de un juicio justo. Se ha estudiado como un sector doctrinal se ha preguntado si la posibilidad de que una prueba sea admitida, requiere un nivel de exigencia diferente al que se necesita para contrarrestar una declaración de rumor no contrastado, propugnando que hay diferencias entre la posibilidad de aportar una prueba y la manera de evaluar la prueba. En este sentido puede concluirse que más bien habría que apuntar que la flexibilidad del sistema descansa sobre el examen individual de los intereses afectados por parte de quien aporta la prueba, y en ese sentido, sí se estima que es un proceso justo.

DECIMOQUINTA.- Entendemos que la fase de apelaciones implica un nuevo esfuerzo para la víctima, toda vez que debe presentar una nueva solicitud para defender sus intereses en el caso de las apelaciones interlocutorias. Desde esta perspectiva, el hecho de que la jurisprudencia haya dictaminado que es necesaria una nueva solicitud –demostrando el interés y afección particular- y la correspondiente autorización, puede responder, a nuestro entender, a cuestiones de economía procesal. Esta idea, creemos, no se contrapone a las defendidas anteriormente, es decir, el otorgamiento de un estatus más completo para la víctima, pues en el presente caso se trata de examinar individualmente el acceso a una fase procesal prevista, a diferencia de lo reseñado con ocasión del margen de mejora del estatuto procesal de la víctima en el examen preliminar, y fase de investigación y enjuiciamiento, donde las actuaciones que exponíamos no estaban previstas.

Los argumentos esgrimidos por el juez SANG-HYUN SONG, que entiende que no trae cuenta la nueva solicitud y autorización por tratarse de víctimas que ya han participado en el procedimiento que da lugar a la apelación, indicando que

“participantes” de acuerdo con lo estipulado en la norma 64 del Reglamento de la Corte son también las víctimas, y que se trataría en definitiva de una extensión de la decisión tomada por la Sala de Cuestiones Preliminares, son loables, pero creemos que pueden hacer el procedimiento más tedioso.

Por otra parte, entendemos que el hecho de que la víctima haya intervenido con anterioridad en el procedimiento, no quiere decir que tenga un interés directo en la participación. A esas alturas del procedimiento, la víctima cuenta con un representante legal para el que le será sencillo demostrar ese interés del representado. Se trata, en conclusión, de establecer un cauce lo más amplio posible para la participación de la víctima y la defensa de sus intereses, para ir después restringiendo el acceso a quien realmente le concierne.

DECIMOSEXTA.- Se ha constatado que el reconocimiento de la víctima en este tipo de procesos internacionales es tardío, y su recorrido aún no ha finalizado. Si bien el punto de partida se encuentra al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento de la víctima en el ámbito de los procesos penales internacionales es fruto de un desarrollo compartimentado y marcado por altibajos en materia de competencias. Compartimentado, según creemos, porque la toma en consideración del individuo como víctima, dentro del amplio espectro jurídico, comenzó a darse en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional de manera no pareja. Saltando al plano de los ordenamientos jurídicos internos, también se constata la estenosis del planteamiento. Por una parte, no ha de extrañarnos el inicio de este movimiento en el espacio temporal, pues es al finalizar la Segunda Guerra Mundial cuando se toma verdadera conciencia de infracciones que constituyen victimizaciones masivas. Pero esa concienciación no empieza a materializarse hasta la década de los 80, verdadero vórtice en el que encontramos abundante normativa.

DECIMOSÉPTIMA.- Se aprecian ciertas complicaciones con las víctimas indirectas. Si por víctima directa se ha encuadrado a aquella persona que ha sufrido el daño directo como resultado de la comisión de un crimen competencia de la Corte Penal Internacional, por víctima indirecta incluimos a todas aquellas que sufren un daño como

resultado del daño sufrido por las víctimas indirectas. Para estas últimas se ha constatado que también es necesario el nexo causal entre el crimen imputado y el daño causado. Más aún, las víctimas indirectas deben probar que, como resultado de su relación con la víctima directa, la pérdida, lesión o daño sufrido por esta última se produce un nuevo daño a las primeras.

La Sala de Apelaciones ha indicado que la estrecha relación entre víctimas directas e indirectas –como, por ejemplo, la familiar entre padres e hijos-, es condición previa para su participación como víctima indirecta. Al igual que se parte de un concepto amplio de víctima directa, también las víctimas indirectas gozan de los beneficios de la generosidad conceptual, pues el daño sufrido incluye el psicológico. El problema que se observa para esta categoría es el mismo que para las víctimas directas, pero más acentuado si cabe: la disonancia entre el concepto y las herramientas procesales necesarias para ser resarcidas como consecuencia del daño producido. Más acentuado por la imposibilidad de hacer valer un derecho por daños sufridos como consecuencia de conductas de víctimas directas que, en numerosos casos, se ven empujadas a esas acciones por el contexto en el que han sido colocadas. De ahí que esta concatenación de circunstancias necesite una respuesta cabal desde el punto de vista procesal, que no puede darse en la actualidad por apreciarse una falta de consenso en el seno del tribunal.

DECIMOCTAVA.- La falta de legitimación de la víctima para interponer un recurso de alzada –salvo en lo concerniente a las reparaciones-, es coherente con la falta de legitimación activa para iniciar el mecanismo de activación del procedimiento. No obstante, se estima interesante ampliar la intencionalidad del art. 82.4 ER y la regla 150 RPP reflejando la posibilidad (bien en ese mismo apartado, bien en el 82.4 ER) de que en caso de que la resolución judicial fuese contraria a los intereses de las víctimas, éstas puedan solicitar a la Fiscalía la interposición del recurso de alzada, debiendo la Fiscalía, bien interponer un recurso de alzada, bien comunicando a las víctimas de manera razonada las causas de no interposición, que en todo caso deberían ceñirse a estrictos motivos de interés de la justicia, en consonancia con los criterios que se han ido conformando de acuerdo con el art. 53 ER. De esta manera, se guardaría una natural armonía con los ya legitimados de manera activa para iniciar el proceso –que mantendrían su estatus para impugnar las resoluciones judiciales-, con el refuerzo de la

posición de la víctima que además de poder impugnar lo que a reparaciones atañe, sería escuchada en aras de la interposición de un recurso por la Fiscalía.

DECIMONOVENA.- El sistema de justicia reparativa ideado por la Corte es coherente con la regla 85 RPP. La experiencia de los equipos multidisciplinarios está siendo positiva, y el enfoque de compensación integral también parece muy acertado. Sin embargo, esta perspectiva tan amplia tanto en su desarrollo como a la hora efectiva de compensar los daños causados, corre el riesgo de defraudar. Si es el propio Fondo Fiduciario para las Víctimas quien ha dictaminado que *a priori* las indemnizaciones que corran a cargo de sus fondos sean destinadas a reparaciones colectivas, se da la posibilidad de no cumplir las expectativas razonables de algunas víctimas especialmente desfavorecidas. El hecho de que en los debates públicos que han sido descritos se explique a las víctimas con ocasión del mecanismo de reparación cuáles son las posibles expectativas, no deja de traer a colación la posibilidad de que la primacía de la naturaleza colectiva de la reparación pueda ser inoportuna en numerosas ocasiones. En cambio, estimamos menos problemático el asunto de la posible dilatación del proceso como consecuencia de la evaluación individualizada de la posición de la víctima. No es sino el resultado lógico de la tarea que es necesario acometer.

Es ligeramente desproporcional, en este sentido, el esfuerzo que ha de realizarse en el proceso reparativo para demostrar un daño económico suficientemente cuantificable que sirva de base para una compensación proporcional y apropiada al daño, en función de la gravedad del crimen y las circunstancias del caso. Todo ello supeditado, claro está, a la existencia de los pertinentes fondos, algo que puede tener visos de ser un obstáculo permanente, si atendemos al desarrollo del caso Thomas Lubanga Dyilo. El incremento de los medios a disposición del Fondo Fiduciario para las Víctimas, supone un impulso muy positivo para la justicia reparativa, dadas las necesidades a cubrir.

VIGÉSIMA.- Sobre el posible acceso de una víctima que no haya tenido participación en el procedimiento y sí tenga la intención de recibir una indemnización, posibilidad reconocida en la sentencia de la Sala de Primera Instancia I de fecha 7 de agosto de 2012, no podemos sino congratularnos de tal posibilidad. En este sentido nos alineamos

con el sector doctrinal que afirma que esta vía ayuda a equilibrar la gran distancia que existe entre el predominante carácter punitivo de la Corte y la función restaurativa.

Puede advertirse, asimismo, un cambio en la valoración de la prueba entre el establecimiento de las reparaciones y el de la responsabilidad penal. Ahora bien, los patrones de probabilidades que se están exigiendo, y que tan ajenos nos son, no deberían extrañarnos, pues se estima que es un sistema que encaja perfectamente con la secuencia de demostración de causación-cuantificación-compensación del daño. Además, puede concluirse que todo el proceso (lo que incluye obviamente las reparaciones), tiene los rasgos propios del sistema de *common law*, aunque incorpore algunos del romano-germánico.

VIGESIMOPRIMERA.- El entrelazamiento entre las actuaciones de la Dependencia de Víctimas y Testigos, la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas, la Oficina Pública para la Defensa de las Víctimas y el Fondo Fiduciario para las Víctimas, si bien tienen un enfoque positivamente amplio, presentan una coordinación ciertamente mejorable. Esto quiere decir que las metas son novedosas en cuanto que buscan no solo cumplimentar aspectos procesales de protección de testigos o víctimas, sino que también son proactivas a la hora de favorecer la mayor participación posible en el proceso, ayudando no solo de manera efectiva en la defensa –en su caso- y en las distintas relaciones con la Corte, sino que también se ofrecen alternativas dirigidas al restablecimiento de la estabilidad social y apoyo de diversa índole a la víctima y comunidad en la que se desenvuelve –enfoque amplio-.

En contrapartida a esta visión innovadora, la autonomía de los entes descritos y la falta de apoyos, promueve cierta descoordinación que podría propiciar la falta de consecución de objetivos, no tanto en el campo de los auxilios procesales como en el de las ayudas anunciadas. De esta manera, la representación en la Corte y las relaciones con la misma parecen suficientemente enfocadas, no así otro tipo de ayudas principalmente anunciadas por la Dependencia de Víctimas y Testigos, referentes a servicios tales como apoyo educativo o médico. Además, la falta de rodaje unida al incremento de fondos –que es precisamente lo que le ha ocurrido al Fondo Fiduciario para las Víctimas-, puede promover una descoordinación que favorece el desperdicio de recursos.

Todo esto nos lleva a afirmar que se ha creado un sistema integral de protección de la víctima que atiende a las necesidades más variadas lo que, desde un punto de vista estrictamente procesal, puede ser positivo en muchas ocasiones, pero en otras –las menos- prueba ser contraproducente o frustrante. Contraproducente porque hay decisiones de la Corte que chocan frontalmente con unos entes auxiliares, y frustrante porque pueden deshacerse expectativas fomentadas principalmente por los entes auxiliares, lo que en alguien que ha sufrido un delito competencia de la Corte podría fomentar la desconfianza en el sistema de Derecho Penal Internacional que tanto ha costado construir.

VIGESIMOSEGUNDA.- En lo atinente a la protección de la víctima a lo largo del proceso, las reglas 17, 87 y 88 RPP han sentado las bases para que la protección sea adecuada. Ello incluye la posibilidad de que la víctima, un testigo, o la propia Corte de oficio, accionen un mecanismo que preserve ciertos datos en relación a potenciales agresores. Por eso puede concluirse, por un lado, que el objetivo de protección para facilitar el acceso (fomento de la participación) ha sido colmado por el sistema “cartesiano”, que va de lo general a lo particular, y en el que se distinguen acertadamente, a nuestro entender, dos entes: uno que aspira como principal objetivo a buscar víctimas de los delitos competencia de la Corte y establecer las primeras relaciones (Sección para la Participación y Representación de las Víctimas), y otro que garantiza un desarrollo normal de la participación una vez se ha constatado que se reúnen los requisitos exigidos (la Dependencia de Víctimas y Testigos).

Por otro lado, el acompañamiento y asesoramiento durante el desarrollo del proceso (fomento de una administración de justicia efectiva basada en la asignación de unos recursos por parte de quien carece de medios para litigar), viene representado satisfactoriamente por la Oficina Pública para la Defensa de las Víctimas y el Fondo Fiduciario para las Víctimas. La abundante jurisprudencia citada manifiesta la capital importancia de la primera; función que se perfecciona si ha existido buena coordinación con la Dependencia de Víctimas y Testigos y la Sección para la Participación y Representación de las Víctimas. El entendimiento por parte de la víctima de los distintos pasos procesales, la representación legal y la defensa de los derechos de las víctimas o la promoción activa del procedimiento, están contribuyendo sin duda alguna al buen

funcionamiento del proceso. Fomentar la participación de la víctima para después no tener una oficina que coordine la representación legal, resulta algo sería algo contradictorio, y por eso los pasos dados van por tanto en la buena dirección.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 28 de agosto de 1991. Brandstetter c. Austria.

STEDH de 27 de octubre de 1993. Dombo Beheer BV c. los Países Bajos.

STEDH de 2 de enero de 1997. Nideröst-Huber c. Suiza.

STEDH de 4 de diciembre de 2008. S. y Marper c. Reino Unido.

STEDH de 5 de julio de 2001. Philips c. Reino Unido.

STEDH de 14 de junio de 2011. Del Pino c. España.

STEDH de 14 de diciembre de 1999. Antonakopoulos c. Grecia.

STEDH de 22 de diciembre de 2010. Deutsche Energiehandels c. Alemania.

STEDH de 10 de enero de 2017, Aparicio Navarro Reverter c. España.

STEDH de 13 de febrero de 2001, Krombach c. Francia.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

Fallo de 12 de julio de 2016, caso núm. 2013-19, República de Filipinas vs. República Popular de China.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO

FO236/20 120524/R 122132-R 122177/EN-FRI pvk 2012

TRIBUNAL MILITAR DE NÚREMBERG

USA versus Ernst von Weizsäcker, 11 de abril de 1949.

USA versus von Leeb *et alia*, 27 de octubre de 1948.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Prosecutor vs. Sikirica et al., IT-95-8-I.

Prosecutor vs. Krstić, IT-98-33-T.

Prosecutor vs. Kumarac, IT-96-23-T.

Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

Prosecutor vs. Kambanda ICTR-9723-S.

Prosecutor vs. Ntakirumana et al. ICTR-96-10-A.

Prosecutor vs. Rukundo ICTR-2001-70-A.

Prosecutor vs Elizapham ICTR-96-10.

CORTE PENAL INTERNACIONAL

ICC-01/04-01/06, decisión de confirmación de cargos el 29 de enero de 2007.

ICC-01/04-01/07, decisión de confirmación de cargos el 30 de septiembre de 2008.

ICC-01/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006.

ICC-02/05-110, Sala de Cuestiones Preliminares I (magistrada única), de 3 de diciembre de 2007.

ICC-02/05-111-Corr, Sala de Cuestiones Preliminares I (magistrado único), 14 de diciembre de 2007.

ICC-01/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006.

ICC-01/04-01/07-474, Sala de Cuestiones Preliminares I (magistrada única), 13 de mayo de 2008.

ICC-01/04-01/07-474, Sala de Cuestiones Preliminares I (Magistrado único), 13 de mayo de 2008.

ICC-01/04-593, Sala de Cuestiones Preliminares I, 11 de abril de 2011.

ICC-02/05-111-Corr., Sala de Cuestiones Preliminares I (Magistrado único), 14 de diciembre de 2007.

ICC-01/04-01/07-474, Sala de Cuestiones Preliminares I, 13 de mayo de 2008.

ICC-02/05-121, Sala de Cuestiones Preliminares I de 6 de febrero de 2008.

ICC-01/04-01/06-462-tEN, Sala de Cuestiones Preliminares I, 22 de septiembre de 2006.

ICC-02/05-02/09-136, Sala de Cuestiones Preliminares I, 6 de octubre de 2009.

ICC-02/05-02/09-136, Sala de Cuestiones Preliminares I, 6 de octubre de 2009.

ICC 02/05-03/09-89, Sala de Cuestiones Preliminares I, 29 de octubre de 2010.

ICC 02/05-03/09-103, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de noviembre de 2010.

ICC02/11-01/11-138, Sala de Cuestiones Preliminares I, 4 de junio de 2012.

ICC-02/11-01/11-138, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 15 de agosto de 2012.

ICC-01/04-01/06-462, decisión de Sala de Cuestiones Preliminares I de 22 de septiembre de 2006.

ICC-01/04-01/07-474, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 13 de mayo de 2008.

ICC-01/04-01/07-474, Sala de Cuestiones Preliminares I, 13 de mayo de 2008.

ICC-01/04-01/07-474, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I 13 de mayo de 2008.

ICC-02/05-121, Sala de Cuestiones Preliminares I, 6 de febrero de 2008.

ICC-01/04-01/07-537, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 30 de mayo de 2008

ICC-01/11-01/11-168, Sala de Cuestiones Preliminares I, 5 de junio de 2012.

ICC-01/04-374, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de agosto de 2007.

ICC-02/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 10 de agosto de 2007.

ICC-01/09-01/11-40, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrada única) 6 de abril de 2011.

ICC-01/09-24, Sala de Cuestiones Preliminares II, 3 de noviembre de 2010.

ICC-01/05-31, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 11 de noviembre de 2010.

ICC-02/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 10 de agosto de 2007.

ICC-01/09-01/11-249, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 5 de agosto de 2011.

ICC-01/09-01/11-249, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 5 de agosto de 2011.

ICC-01/04-01/07-474. Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 13 de mayo de 2008

ICC-02/04-101, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 10 de agosto de 2007.

ICC-02/04-01/05-134, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 1 de febrero de 2007.

ICC-02/04-01/05-134, Sala de Cuestiones Preliminares II (magistrado único), 1 de febrero de 2007.

ICC-01/05-01/08-320, Sala de Cuestiones Preliminares III, 12 de diciembre de 2008.

ICC-01/05-01/08-322, Sala de Cuestiones Preliminares III (magistrado único), 16 de diciembre de 2008.

ICC-01/04-01/06-1119, Sala de Primera Instancia I, 18 de enero de 2008.

ICC-01/04-01/06-2904, Sala de Primera Instancia I, 7 de agosto de 2012.

ICC-01/04-01/06-1119, Sala de Primera Instancia I, 18 de enero de 2008.

ICC-01/04-01/06-1891, Sala de Primera Instancia I el 22 de mayo de 2009.

ICC-01/04-01/06, decisión de Sala de Primera Instancia I de 18 de enero de 2008.

ICC-01/04-01/07-1665, decisión de Sala de Primera Instancia I de 20 de noviembre de 2009.

ICC-01/09-01/11-460, decisión Sala de Primera Instancia I de 3 de octubre de 2012.

ICC-01/04-01/06-1211, Sala de Primera Instancia I, 6 de marzo de 2008.

ICC-01/04-01/06-2858, Sala de Primera Instancia I, 5 de abril de 2012.

ICC-01/04-01/06-1211, Sala de Primera Instancia I, 6 de marzo de 2008.

ICC-01/04-01/06-1813, Sala de Primera Instancia I, 8 de abril de 2009.

ICC-01/04-01/06-2904, Sala de Primera Instancia I, 7 de agosto de 2012.

ICC-01/04-01/06-2904, Sala de Primera Instancia I, 7 de agosto de 2012.

ICC-01/04-01/07-933, Sala de Primera Instancia II, 26 de febrero de 2009.

ICC-01/09-02/11-537, Sala de Primera Instancia V, 20 de noviembre de 2012.

ICC-01/09-01/11-460, Sala de Primera Instancia V, 3 de octubre de 2012.

ICC-12951-06/01-04/A4 A5 A6, Sala de Apelaciones, 13 de diciembre de 2012.

ICC-01/04-01/06-1335 OA9, decisión de la Sala de Apelaciones de 16 de mayo de 2008.

ICC-01/04-01/06-824-tSPA OA7, Sala de Apelaciones, 13 de febrero de 2007.

ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, 18 de junio de 2008.

ICC-01/04-503 OA4 OA5 OA6, Sala de Apelaciones, 30 de junio de 2008.

ICC-01/04-450 OA4, Sala de Apelaciones, 13 de febrero de 2008.

ICC-02/05-129 OA, Sala de Apelaciones, 29 de febrero de 2008.

ICC-01/04-480 OA5, Sala de Apelaciones, 29 de febrero de 2008.

ICC-01/04-01/06-1239 OA9 OA10, Sala de Apelaciones, 20 de marzo de 2008.

ICC-01/04-01/10-509 OA4, Sala de Apelaciones, 2 de abril de 2012.

ICC-02/04-01/05-324 OA2, Sala de Apelaciones, 27 de octubre de 2008.

ICC-01/04-01/10-509 OA4, Sala de Apelaciones, 2 de abril de 2012.

ICC-02/04-01/05-324 OA2, Sala de Apelaciones, 27 de octubre de 2008.

ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, 18 de junio de 2008.

ICC-01/04-503 OA4 OA5 OA6, Sala de Apelaciones, 30 de junio de 2008.

ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, 18 de junio de 2008.

ICC-01/04-01/06-2205 OA15 OA16, Sala de Apelaciones, 8 de diciembre de 2009.

ICC-02/05-138 OA OA2 OA3, Sala de Apelaciones, Opinión parcialmente disidente del magistrado Song, 18 de junio de 2008.

ICC-01/04-01/06-925 OA8, Sala de Apelaciones, 13 de junio de 2007.

ICC-01/04-01/06-1452 OA12, Sala de Apelaciones, 6 de agosto de 2008

ICC-01/04-01/06-1335 OA9 OA10, Sala de Apelaciones, 16 de mayo de 2008.

ICC-01/04-503 OA4 OA5 OA6, Sala de Apelaciones, 30 de junio de 2008.

ICC-01/04-480 OA5, Sala de Apelaciones, 29 de febrero de 2008.

ICC-01/04-01/06-2556 OA18, Sala de Apelaciones, 18 de agosto de 2010.

ICC-012951-06/01-04/ A4 A5 A6, Sala de Apelaciones, 13 de diciembre de 2012.

ICC-01/04-01/06-2953 A A2 A3 OA21, Sala de Apelaciones, 14 de diciembre de 2012.

ICC-01/04-01/07-2288 OA11, sentencia de la Sala de Apelaciones de 16 de julio de 2010.

ICC-01/04—01/06-1432 OA9 OA10, sentencia de la Sala de Apelaciones de 11 de julio de 2008.

ICC-01/04-01/06-2953 A A2 A3 OA21, Sala de Apelaciones, 14 de diciembre de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 128/1995, de 26 de julio.

STC 33/2015, de 2 de marzo.

STC 2/2003, de 16 de enero.

STC 229/2003, de 18 de diciembre.

STC 37/1993, de 8 de febrero.

STC 41/1997, de 10 de marzo.

STC 10/2016, de 7 de marzo.

STC 26/2018, de 13 de abril.

STC 31/1981, de 28 de julio.

STC 167/2002, de 18 de septiembre.

STC 296/2005, de 21 de noviembre.

STC 139/2006, de 8 de mayo.

STC 29/2008, de 20 de febrero.
STC 51/1985, de 10 de abril.
STC 30/1986, de 20 de febrero.
STC 68/2010, de 18 de octubre.
STC 107/2011, de 20 de junio.
STC 179/2004, de 21 de octubre.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

STS (Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2010.
STS (Sala de lo Penal) de 12 de junio de 2012.
STS (Sala de lo Penal) de 28 de diciembre de 2007.
STS (Sala de lo Penal) de 18 de mayo de 2006.
STS, Sala de lo Penal, de 23 de marzo de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE; JAÉN VALLEJO, MANUEL Y PERRINO PÉREZ, ANGEL LUIS: “*La víctima en la justicia penal: el estatuto jurídico de la víctima del delito*”, ed. Dyckinson, 2016.

AGUILERA MORALES, ENCARNACIÓN: “*La víctima del delito y las últimas reformas procesales*”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

AMBOS, KAI: “*La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 7-17, 2005.

AMBOS, KAI: “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional”, en Revista de Derecho Procesal núm. 3, 1999, págs. 553 a 594.

AMBOS, KAI y MILLER, DENNIS: “*Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a comparative Perspective*”, International Criminal Review 7 (2007).

ASCH G., RONALD: “*The Thirty Year’s War: The Holy Roman Empire and Europe, 1618-1648*”, Ed. St. Martin Press, New York, 1997.

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, FEDERICO: “*Entender la guerra en el siglo XXI*”, Ed. Complutense, Madrid, 2010.

BALLESTEROS, JESÚS: “Repensar la Paz”, Ed. Internacionales Universitarias, Madrid, 2006.

BANACLOCHE PALAO, JULIO y ZARZALEJOS NIETO, JESÚS: “*Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*”, Ed. La Ley, 2011.

BARTOV, OMER: “*Antisemitism, the Holocaust and Reinterpretations of National Socialism*”, en BERENBAUM, MICHAEL y J. PECK, ABRAHAM (eds.): “*The Holocaust and History: The Known, the Unknown, the Disputed, and the Reexamined*”, Ed. Bloomington, 1998.

BAYLISS, JOHN y WIRTZ, JAMES J.: “*Strategy in Contemporary World*”, Oxford University Press.

BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “La víctima ante la Corte Penal Internacional”, en la obra “El proceso penal: cuestiones fundamentales”, coord. FUENTES SORIANO, OLGA, ed. Tirant lo Blanch, 2016, págs. 251 a 261.

BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “El enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional”, en “La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar”, coord. CARDONA LLORENS, JORGE; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, ed. Tirant lo Blanch, 2002, págs. 351 a 382.

BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “La regulación de la prueba en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, en “La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar”, coord. CARDONA LLORENS, JORGE; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 352 y siguientes.

BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA: “El proceso ante la Corte Penal Internacional”, en “Derecho Penal Internacional”, dir. GIL GIL, ALICIA, ed. Dykinson, 2016, págs. 435 a 461.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: “*La dignidad de las víctimas de los delitos*”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 6/2010.

BITTI, GILBERT: “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional”, en la revista Estudios de derecho judicial núm. 121, 2007, págs. 203 a 226.

BOURTMAN, ILYA: “*Blood for Blood, Death for Death: The Soviet Military Tribunal in Krasnodar, 1943*”, Oxford Journal “Holocaust and Genocide Studies”, Vol. 22, Issue 2, 2008.

BRAUER-GRAMM, HILDBURG: “*Der Landvogt Peter von Hagenbach*”, Ed. Musterschmidt, Zurich, 1957.

BRUGIERE DE BARANTE, AMABLE-GUILLAUME-PROSPER: “*Histoire des ducs de Bourgogne de la maison de Valois: 1364-1477*”, Librairie Le Normant, 1854

BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE: “*Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional*”, Revista Jurídica 12, Universidad Autónoma de Madrid, 2005.

BURKE, KEVIN: “*The Deterrent Effect of the International Criminal Court*” disponible en formato electrónico en: <http://globalsolutions.org/blog/2015/03/Deterrent-Effect-International-Criminal-Court#.WHtaU4WcHIU>, consultado en fecha 10 de enero de 2017.

CALVILLO ARBIZU, DAVID: “*Las infracciones procesales del juzgador y el contenido del principio de legalidad*”, en Boletín de Legislación El Derecho, núm. 188, julio de 2001, pág. 1.

CÁMARA ARROYO, SERGIO: “*Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española*”, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2016.

CARRILO SALCEDO, JUAN ANTONIO: “*La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*”, publicación del CGPJ, Madrid, 2000.

CASSESE ANTONIO: “*International Criminal Law*”, Oxford, 2003.

CASTAÑEDA PORTOCARRERO, FERNANDO: “*El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve?*” Serie documentos defensoriales, doc. N° 8, Defensoría del Pueblo (Perú), disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>, consultado en fecha 9 de octubre de 2017.

CHARLES-PHILIPPE, DAVID: “*La guerra y la paz*”, editorial Icaria, Barcelona, 2008.

CLAERR-STAMM: “*Pierre de Hagenbach: Le Design Tragique d’un Chevalier Sundgauvien au Service de Charles le Temeraire*”, Ed. Riedisheim, Société d’Histoire du Sundgau, 2004.

CLERMONT, KEVIN y SHERWIN, EMILY: “A Comparative View of Standards of Proof”, American Journal of Comparative Law, Vol. 50 núm. 2, 2002.

COHEN, JONATHAN LAURENCE: “El concepto de probabilidad en las pruebas judiciales”, Revista Internacional de Filosofía Teorema, Vol. 7, núm. 314, 1977.

CROWE, JUSTIN: “Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development”, ed. Princeton University Press, 2012.

DARBY, GRAHAM: “The Thity Year’s War”, Ed. CreateSpac, Londres, 1997.

DELGADO DEL CARPIO, JUANA: “Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc”, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas”, en Diario La Ley núm. 8955, 2017.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015”, en Diario La Ley núm. 8689, 2016.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “Víctimas de delito y acción penal”, en “La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales”, de la que también es coordinadora, ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2017, págs. 79 a 98.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “La armonización del estatuto de las víctimas en la Unión Europea”, en “Garantías constitucionales y Derecho penal europeo”, coord. MIR PUIG, SANTIAGO, ed. Marcial Pons, 2012, págs. 409 a 423.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “La apelación de las resoluciones interlocutorias en el proceso ante la Corte Penal Internacional”, en “Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, coord. AMBOS, KAI, ed. Comares, 2008, págs. 23 a 54.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “El ejercicio de la acción penal por las víctimas: un estudio comparado”, ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2016.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT: “La víctima del delito y las últimas reformas procesales”, ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2017.

DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO: “La nueva regulación de los recursos de apelación y casación penales”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2016, consultada electrónicamente en fecha 15 de noviembre de 2018.

DÍAZ PITA, MARÍA PAULA: “Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional”, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 9, junio 2005, consultada electrónicamente el 16 de noviembre de 2018.

DÍEZ DE VELASCO, MANUEL en: “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Ed. Tecnos, 2ª edición, 1997.

DINSTEIN, YORAM: *"The International Law of Belligerent Occupation"*, Ed. Cambridge University Press, 2009.

DOMINGO OSLÉ, RAFAEL: *"The crisis of International Law"*, Vanderbilt Journal of Transitional Law, vol. 42, 2009.

DONDÉ MATUTE, JAVIER: *"La política criminal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones"*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIV, 2014.

D'ORS, ÁLVARO: *"De la guerra y de la paz"*, Ed. Rialp, Madrid, 1954

D'ORS, ÁLVARO: *"La posesión del espacio"*, Ed. Civitas, Madrid, 1998

D'ORS, ÁLVARO: *"Bien Común y Enemigo Público"*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

DOSTOIEVSKI, FIODOR: *"Demonios"*, Ed. Aguilar, tomo II, 9ª edición, Madrid, 1972.

DUNANT, HENRY: *"Estudio sobre el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña"*, París 1870.

DURAND, ANDRÉ: *"Gustave Moynier and the peace societies"*, publicado en International Review of the Red Cross, núm. 314, el 31 de octubre de 1996.

EMILE DURKHEIM, en: *"De la division du travail social"*, Ed. Alcan, París, 1926.

ETXEBARRIA ESTANKONA, KATIXA: "El papel de la víctima ante la Corte Penal Internacional", en "Víctimas en distintos ámbitos del Derecho", coord. ORDEÑAGA GEZURAGA, IXUSKO, ed. Universidad del País Vasco, 2011, págs. 249 a 282.

ESER, ALBIN: *"Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales"*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 1992.

FAGGIANI, VALENTINA: *"Los derechos procesales en el espacio europeo de la justicia penal"*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS: *"Las víctimas y el Derecho Internacional"*, en Anuario Español de Derecho Internacional, vol. XXV, 2009.

FERNÁNDEZ DE GURMENDI, SILVIA: "El acceso de las víctimas a la Corte Penal Internacional", en "La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana", ed. Casa América, 2001, págs. 164 a 186.

FLEMING, C. MARK: *"Appellate Review in the International Criminal Tribunals"*, publicado en Texas International Law Journal, vol. 37:111, 2002.

FONTECILLA RODRÍGUEZ, FRANCISCO JOSÉ: "El proceso ante la Corte Penal Internacional. Algunas consideraciones sobre la aportación española", en Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada núm. 7, 2004, págs. 57 a 84.

FRULLI, MICAELA: *"The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments"*, European Journal of International Law, Vol. 11, núm. 4, 2000.

FRULLI, MICAELA en CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA y JONES, R.W.D. JOHN (coordinadores): *“The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary”*, Oxford University Press, 2002

FUNK, MARKUS: *“Victim´s rights and Advocacy at the International Criminal Court”*, Oxford University Press, 2010,

GALAIN PALERMO, PABLO: *“Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima”*, capítulo correspondiente a la op. cit., *“Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga”*.

GALLEGO SÁNCHEZ, GEMMA: *“Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, su participación en el proceso penal”*, artículo publicado en la Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 2, septiembre de 2014.

GASSER, H.P.: *“International Humanitarian Law”*, Ed. Paul Haupt, Berna, 1993.

GAT, AZAR: *“Providing Communal Warfare Among Hunter-Gatherers: The Quasi – Rousseauan Error”*, publicado en la revista *“Evolutionary Anthropology”* núm. 24, 2015.

GELLATELY, ROBERT y GOLDENSOHN, LEON: *“Las entrevistas de Núremberg”*, Ed. Taurus, Madrid, 2004.

GIMENO BEVIÁ, JORDI: *“Análisis crítico de la reforma de LECrim 2015”*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 40/2015, consultada electrónicamente en fecha 14 de noviembre de 2018.

GOLDSTONE, JAMES A.: *“More Candour about Criteria. The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the International Criminal Court”*, Journal of international Criminal Justice, vol. 8, núm. 2, 2010.

GÓMEZ CAMPELO, ESTHER: *“El Derecho Penal Internacional ante el caso Pinochet”*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, vol. 8, 1998-1999.

GRANT, LINDA: *“Exhibit highlights the first international war crimes tribunal”*. Harvard Law Bulletin, 2006.

GREEN C., LESLIE: *“Superior Orders in International and National Law”*, ed. Sijthoff, Leyden, 1976.

GREPPI, EDOARDO: *“La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el Derecho Internacional”*, Revista Internacional de la Cruz Roja núm. 835, 1999.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA: *“Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿efectiva realización de los derechos de participación y reparación”*, en *“La influencia de las víctimas en tratamiento jurídico de la violencia colectiva”*, coord. GIL GIL, ALICIA, ed. Dykinson, 2017, págs. 47 a 79.

GUTIERREZ ROMERO, FRANCISCO MANUEL: *“Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015”*, en Revista Doctrinal Aranzadi núm. 7/2015.

HEIMPEL, HERMANN: “*Mittelalter und Nüremberger prozess*”, Ed. Münster Böhlau, Münster, 1952.

HEIMPEL, HERMANN: “*Das Verfahren gegen Peter von Hagenbach zu Breisach 1474*”, Zeitschrift für Geschichte des Oberreihns, núm. 55, 1942.

HUIZINGA, JOHAN: “*El otoño de la Edad Media*”. Estudios sobre la forma de vida y del espíritu durante los siglos XIV y XV en Francia y los Países Bajos (1929), Selecta Revista de Occidente, Madrid, 1967.

JAIME JIMÉNEZ, ÓSCAR: “*Riesgos y respuestas desde la seguridad de un mundo globalizado*”, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

JARA BUSTOS, FRANCISCO: “*Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre reparaciones de la Corte Penal Internacional*”, Anuario de Derechos Humanos, nº 9, 2013

JO, HYERAN y SIMMONS, BETH A.: “*Can the International Criminal Court Deter Atrocity?*”, International Organization Journal, Vol. 70, Issue 3, Cambridge University Press, 2016.

JONES, RWD JOHN; CASESE, ANTONIO; GAETA, PAOLO: “*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*”, Oxford University Press, 2002.

KALDOR, MARY: “*El poder y la fuerza*”, Ed. Tusquets, Barcelona, 2010.

KAYE, DAVID: “*The limits of Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*”, en “Evidence, proof and facts: a book of sources”, Oxford University Press, 2003.

KAGAME, PAUL: entrevista publicada en la revista Foreign Affairs, Vol. 93; number 3; mayo-junio 2014.

KEITH HALL, CHRISTOPHER: “*La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*”, Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 145, 1998.

KERSTEN, MARK: “*The International Criminal Court and Deterrence-The Lubanga Syndrome*”, publicación en el blog Justice in Conflict, en <https://justiceinconflict.org/2012/04/06/the-international-criminal-court-and-deterrence-the-lubanga-syndrome/> , consultado en fecha 16 de enero de 2017.

KOBOTT, JULIANE: “*The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*”, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1998.

KOVACHI, ARIEH J: “*Prelude to Nuremberg; Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*”, Ed. Chapel Hill, North Carolina, 1998.

LARROCAU TORRES, JORGE: “*Hacia un estándar de prueba civil*”, Revista Chilena de Derecho, vol. 39, núm. 3, 2012.

LATTANZI, FLAVIA y SCHABAS, WILLIAM A.: “*Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*”, Ed. il Sirente, Vol. I, Milan, 1999.

LEE, ROY: “*The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*”, Ed. Kluwer Law International, Países Bajos, 1999

LEMKIN RAPHAEL: “*Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation Analysis of Government Proposals for Redress*”, Carnegie Endowment for World Peace, Washington, 1944.

LIROLA DELGADO, ISABEL y MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA: “*La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*”, Ed. Ariel Derecho, 1ª edición, Madrid, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, Ed. Aranzadi, 2014

MACLEOD, IAIN y SHEHZAD, CHARANIA: “*Three Challenges for the International Criminal Court*”, publicado en Oxford University Press Blog, Oxford, 2015.

MARCHIORI, HILDA: “*Ley y víctima: panorama internacional*”, ed. Brujas, 2009.

MARSHALL, PETER D.: “A Comparative Analysis of the right to appeal”, Duke Journal of Comparative & International Law”, vol. 22:1, Durham, 2011.

MARTÍN RÍOS, MARÍA DEL PILAR: “*Víctima y justicia penal. Reparación, intervención y protección en el proceso penal*”, ed. Atelier (formato electrónico), 2012.

MARTÍNEZ ATIENZA, GORGONIO: “*Respuesta jurídica y social a la víctima del delito*”, ed. Experiencia, 2018.

MEDELLÍN URQUIAGA, ARJONA ESTÉVEZ Y GUEVARA B.: “*Manual Básico sobre la Corte Penal Internacional*”, editado por KONRAD ADENAUER STIFTUNG, Sankt Augustin, 2009.

MELÓN MUÑOZ, ALFONSO (coord.): “*Memento práctico de procesal penal*”, ed. Francis Lefebvre, 2012,

MILANS DEL BOSCH, SANTIAGO: “*La segunda instancia penal generalizada tras la reforma de la LECrim*”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 913/2015, consultada electrónicamente en fecha 13 de noviembre de 2018.

MOLOEZNIK PANIAGUA, GERARDO: “La Corte Penal Internacional: el papel de las víctimas y los derechos humanos”, en Letras jurídicas: revista electrónica de derecho núm. 5, 2007, consultado en <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas> en fecha 21 de enero de 2019.

MORENO CATENA, VÍCTOR y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN: “*Derecho procesal penal*”, ed. Tirant lo Blanch, 2017.

MOYNIER, GUSTAVE: “*Estudio sobre el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña*”, París, 1870.

MOYNIER, GUSTAVE: “*Notas para la creación de una institución jurídica internacional para prevenir y reprimir las infracciones de la Convención de Ginebra*”, en Bulletin international des Societes de secours aux militaires blessés, Comité Internacional, núm. 11, Ginebra, 1872.

MUERZA ESPARZA, JULIO: “*El Estatuto de la víctima del delito*”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 891/2014.

MÜNKLER, HERFRIED: “*Viajes y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*”, Ed. S. XXI, Madrid, 2005.

MUÑOZ CUESTA, JAVIER: “*La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social*”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 938/2018.

NAQVI, YASMIN: “*El derecho a la verdad en el Derecho Internacional: ¿realidad o ficción?*”, International Review of the Red Cross, núm. 862, 2006.

NASH ROJAS, CLAUDIO: “*Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos (1988-2007)*”, Centro de Derecho Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

NAVARRO MASSIP, JORGE: “*La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines*”, en revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2013, consultado electrónicamente en fecha 15 de noviembre de 2018.

OFICINA PÚBLICA PARA LA DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS: “*Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para los representantes legales*”, publicación de la Corte Penal Internacional, La Haya, 2013.

OLÁSOLO, HÉCTOR: “*Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR: “*Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas ante la CPI*”, en Kai Ambos (coord.), donde la obra de referencia es “*Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*”, ed. Comares, Granada, 2008.

OLÁSOLO, HÉCTOR y KISS, ALEJANDRO: “*El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 12-13, 2010.

OLLERO TASSARA, ANDRÉS: “*La protección de los derechos humanos en España y Europa*”, colaboración correspondiente a la obra “*Control de convencionalidad y decisiones judiciales*”, ed. Tirant lo Blanch, 2016. Consultado en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/128-DH-E-EU.pdf>, en fecha 21 de noviembre de 2018.

ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA: “*Las víctimas y la Corte Penal Internacional*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

OSCE: “*Countering Terrorism, Protecting Human Rights*”. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/29103>.

OTTENHOF, REYNALD: “*Situación de las víctimas ante jurisdicciones penales internacionales*” Cuadernos Eguzkilore (Universidad del País Vasco), núm. 27, San Sebastián, 2013.

OVERY, RICHARD: *“Interrogations: The Nazi Elite in Allied Hands, 1945”*, Ed. Allen Lane, Nueva York, 2001.

PARAVICINI, WERNER: *“Hagenbach Hochzeit: Ritterlichhöfische Kultur zwischen Burgund und dem Reich im 15. Jahrhundert 41”* in Konrad Krimm und Rainer Brüning, *Zwischen Habsburg und Burgund. Der Oberrhein als europäische Landschaft im 15. Jahrhundert*”, Ed. Thorbecke, Stuttgart, 2003.

PÉREZ ARIAS, JACINTO: *“El Proceso ante la Corte Penal Internacional”*, Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, Vol. 28, 2010.

PÉREZ RIVAS, NATALIA: *“Los derechos de la víctima en el sistema penal español”*, ed. Tirant lo Blanch, 2017.

PFANNER, TONI: *“The Establishment of a Permanent International Criminal Court”*, International Review of the Red Cross, núm. 322, 1998.

PICTET S. JEAN: *“The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims”*, The American Journal of International War, vol. 45 núm. 3, 1951

PRITCHARD, JOHN and ZAIDE, M. SONIA: *“The Tokyo War Crimes Trial”*, Garland, 1981.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *“Protección a las víctimas y función de la justicia penal”*, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 884/2014.

REMIRO BRETONS, ANTONIO: *“El caso Pinochet. Los límites de la impunidad”*, Política Exterior-Biblioteca nueva, Madrid, 1999.

REYES PARRA, PAOLA DIANA: *“Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades”*, Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol. 24 (1-2), 2013.

RIPOL CARULLA, SANTIAGO: *“Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LXVI, enero-junio 2014, págs. 11-53.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE, JOSÉ LUIS: *“Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”*, en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), Creación de una jurisdicción penal internacional, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000.

ROS VELASCO, JOSEFA: *“La distinción schmittiana amigo-enemigo como categoría antropológica en Hans Blumenberg”*, Revista de Filosofía Eikasía, 2013.

ROUSSEAU, JUAN JACOBO: *“El contrato social o principios de Derecho Político”*, Ed. Porrúa, México, 2004.

R. MARRUS, MICHAEL: *“The Nuremberg Trial 1945-1946: A Documentary History”*, Ed. Bedford, Boston, 1997.

RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL: *“Pena de prisión permanente revisable: análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad”*, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2016

SALMÓN GÁRATE, ELIZABETH: “*El proceso ante la Corte Penal Internacional*”, pág. 1, consultado en <http://www.iccnw.org/documents/Salmon.pdf> , en fecha 15 de mayo de 2017.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO: “*La prisión permanente revisable protagoniza la reforma del Código Penal*”, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 903/2015.

SANZ HERMIDA, ÁGATA MARÍA: “*La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*”, ed. Tirant lo Blanch, 2008.

SANZ MORÁN, ANGEL JOSÉ: “*Primeros frutos de la nueva casación penal*”, en Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 48/2017, consultado electrónicamente en fecha 14 de noviembre de 2018.

SCHABAS, WILLIAM A.: “*An introduction to the International Criminal Court*”, Cambridge University press, 2017.

SCHABAS A., WILLIAM: “*An introduction to the International Criminal Court*”, Cambridge University Press, 2002.

SCHABAS, WILLIAM A.: “*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*”, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, 2010.

SCHENSE, JENNIFER y CARTER, LINDA: “*Two Steps Forward One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals*”, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2017.

SCHMITT, CARL: “*Teoría del partisano*” en “*El concepto de lo político*”, Ed. Alianza, Madrid, 1991.

SCHMITT, CARL: “*El concepto de lo político*”, Ed. Alianza, Madrid, 2009.

SCHWARZENBERGER, GEORG: “*A Forunner of Nuremberg: The Breisach War Crime Trial*”, The Manchester Guardian (London), 28 de septiembre de 1946.

SERRANO MASIP, MERCEDES: “*Estatuto de la víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*”, ed. Tirant lo Blanch, 2015.

SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JAVIER: “*El recurso de revisión*”, publicación de “*Práctica de los Procesos Jurisdiccionales*”, Procesal Penal, tomo II, ed. Civitas, 2011.

SUSANA ANELLO, CAROLINA: “*Corte Penal Internacional*”, ed. Universidad, Buenos Aires, 2003.

SUVÓROV, VÍCTOR: “*El Rompehielos*”, ed. Planeta, Barcelona, 2015.

S. CLARK, ROGER: “*Negotiating Provisions Defining Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It*”, European Journal of International Law, Vol. 20, Issue 4, 2009.

S. GORDON, GREGORY: *"The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law"*, en *"The hidden Histories of War Crime Trials"*, ed. Oxford University Press, 2013.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA: *"La prisión permanente revisable"*, ed. Aranzadi, 2015.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA: *"La víctima en el derecho penal: de la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima"*, ed. Aranzadi, 1998.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA: *"La reparación a la víctima en el derecho penal"*, ed. Fundació Jaume Callís, 1994.

TARUFFO, MICHELE: *"Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad"*. Consultado en:

https://www.google.es/search?source=hp&ei=cUf9W5_MGo3XkwWnprnQCg&q=michele+taruffo+algunas+consideraciones+entre+prueba+y+verdad&btnK=Buscar+con+Google&oq=michele+taruffo+algunas+consideraciones+entre+prueba+y+verdad&gs_l=psy-ab.3...595.17133..17669...0.0..0.212.8313.3j55j4.....0....1..gws-wiz.....0..0j0i131j0i10j0i22i30.mmv3n4819Us en fecha 27 de noviembre de 2018.

The Victims Court? A Study of 622 Victim Participants at the International Criminal Court, publicación de Human Right Center de UC Berkeley School of Law, 2015, disponible en https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/VP_report_2015_final_full2.pdf , consultado en fecha 5 de octubre de 2017.

TRIFFTERER, OTTO y AMBOS, KAI: *"The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary"*, Ed. Hart, Oxford, 2016.

TODOLÍ GÓMEZ, ARTURO: *"Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por el Ministerio Fiscal"*, artículo consultado en fecha 11 de noviembre de 2018 en:

noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/

VARGAS DÍAZ, RICARDO: *"El concepto de la víctima en el interior de Tribunales Penales Internacionales"*, Revista Prolegómenos. Derecho y Valores., Vol. XVI, núm. 32, 2013.

VAUGHAN, RICHARD: *"Charles the Bold: The last Valois Duke of Burgundy"*, ed. Boydell Press, Suffolk, 2002.

VEGA GONZÁLEZ, PAULINA: *"El papel de las víctimas en procedimientos internacionales"*, en *"Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional, Volumen I"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VERDROSS, ALFRED: *"Derecho Internacional Público"*, Ed. Aguilar, Madrid (1957)

- VINUESA, RAÚL EMILIO: *“Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad”*, Revista del CICR, junio de 1998.
- VON LISZT, FRANZ: *“Derecho Internacional Público”*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1929.
- VON RODT, EMMANUEL: *“Die Feldzüge Karls des Kühnn, Herzogs von Burgund”*, Ed. Schaffhausen, Hurter, 1843.
- WALZER, MICHAEL: *“Guerras justas e injustas”*, Ed. Paidós, Barcelona, 2014.
- WEMBOU, DJIENA: *“Tribunal Penal Internacional para Ruanda”*, Revista Internacional de la Cruz Roja n° 144, nov-dic 1997.
- WITTE, HEINRICH: *“Zur Gesichte des burgundischen Landvogts Peter von Hagenbach” en “Zeitschrift für die Gesichte des Oberrheins”*, Ed. Siebeck, Freiburg, 1886.
- WHITMAN, JAMES Q.: *The Origins of “Reasonable Doubt”*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2005.
- WYTHER, HOLT: *“To establish justice: Politics, the Judiciary Act of 1789, and the Invention of the Federal Courts”*, en Duke Law Journal, 1989, págs. 1421 a 1531.
- YUDIN, BORIS; KLEINMAN, ARTHUR; JING BA NIE; NANYAN GUO; SELFEN, MARK: *“Japan’s Wartime Medical Atrocities”*, Ed. Routledge, Oxford, 2010.
- ZGONEC-ROZAJ, MISÂ: *“International Criminal Law Manual”*, International Bar Association Humans Rights Institute, 2010.
- ZILLI, MARKOS; MONTECONRADO, FABIOLA y MOURA, MARIA THEREZA: *“Participação das vítimas na fase de julgamento perante a Trial Chamber”*. Constituye el capítulo 3 de la obra titulada *“Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga”*, de Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (coordinadores), Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Göttingen, 2014.